



USA:N JA ISON-BRITANNIAN ALIKAPITALISOINTILAINSÄÄDÄNNÖN
VERTAILUA SEKÄ NIIDEN SOVELTUVUUS SUOMELLE

Helsingin
Kauppaikorkeakoulun
Kirjasto

7308

Helsingin kauppaikorkeakoulu
Johtamisen laitos
Kevät 1998
Antti Eerola 22741-2

JOHTAMISEN

laitoksen

JOHTAVAN PÄÄTÖKSELLÄ
~~laitosneuvoston kokouksessa~~ 19/5 1998 hyväksytty

arvosanalla ERINOMAINEN, 80 PISTETÄ,

TARKISTAJAT: HEIKKI NISKAKANGAS JA MARJAANA HELMINEN

Tiivistelmä

Tavoitteet: Suomessa ei ole alikapitalisointilainsäädäntöä tällä hetkellä. Ulkomainen etuyhteystaho voi rahoittaa suomalaista yritystä liiallisella vieraalla pääomalla, jolloin verotulot pienenevät maassamme. Tämä johtuu osinkojen ankarammasta verokohtelusta suhteessa korkojen verokohteluun. Ulkomaisen etuyhteystahon suomalaisen yritykseen sijoittama vieras pääoma pitäisi todellisen luonteensa mukaisesti olla oman pääoman ehtoinen suoritus. Osingot luetaan yhtiön verotettavaan tuloon, mutta korot ovat yleensä vähennyskelpoisia tulosta. Koroista ei sisäisen lainsäädännön mukaan myöskään tarvitse maksaa lähdeveroa, ellei kyse ole omaan pääomaan rinnastettavasta suorituksesta. Tutkimuksen tavoitteena on tarkastella niitä seikkoja, jotka tulee ottaa huomioon mietittäessä alikapitalisointisäännöksiä Suomelle.

Lähdeaineisto ja lähestymistapa: Alikapitalisointitilanteista ei Suomessa ole monikaan kirjoittanut. Suomen osalta paras lähde on ollut kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmän muistio, jossa on pohdittu alikapitalisointisäännöksen toimivuutta Suomen oloissa. Rahoitusinstrumenttien verotuksellisesta kohtelusta on Suomessa puolestaan kirjoitettu melko paljon. Työssäni olen kuitenkin tukeutunut lähinnä ulkomaiseen kirjallisuuteen, josta eniten apua on ollut IFA:n 50. Kongressin alikapitalisointiraportista. Työssäni olen lähestynyt aihetta siten, että olen aihe kerrallaan käsitellyt alikapitalisointisäännöksen laadinnassa olevia ongelmia, joihin etsitään vastausta lähinnä USA:n ja Ison-Britannian lainsäädännöstä käsin sekä verrataan eri vaihtoehtoja Suomen lainsäädäntöön.

Tutkimustulokset: Työssäni olen tullut siihen tulokseen, että Suomi tarvitsee oman alikapitalisointisäännöksensä verotulojen karkaamisen estämiseksi. Vieraan ja oman pääoman väliselle suhteelle on määriteltävä sallittu raja, jonka ylittyessäkin on mahdollista osoittaa toimenpiteen markkinaehtoisuus.

Avainsanat: alikapitalisointi, korko, osinko, markkinaehtoisuus, etuyhteystaho, hybridi-instrumentti, USA, Iso-Britannia, Suomi

USA:N JA ISON-BRITANNIAN ALIKAPITALISOINTILAINSÄÄDÄNNÖN VERTAILUA SEKÄ NIIDEN SOVELTUVUUS SUOMELLE

1. JOHDANTO	3
1.1 Taustaa ja tavoitteet	3
1.2 Tutkielman rakenne	4
1.3 Lähdeaineisto ja tutkielman rajauksesta	5
1.4 Käsitteitä	5
2. ALIKAPITALISOINTITILANTEISIIN PUUTTUMINEN SUOMESSA	7
2.1 Oikeuskäytäntöä	7
2.2 Lainsäädäntöhankkeita Suomessa koskien alikapitalisointitilanteita sekä esitettyjä periaatteellisia kannanottoja	10
3. HYBRIDIMUOTOISTEN RAHOITUSINSTRUMENTTIEKÄSITTELYN ONGELMAKOHTIA ALIKAPITALISOINTITILANTEESSA	15
3.1 Hybridimuotoinen rahoitus	15
3.2 Pääomalainan verotuksellinen käsittely alikapitalisointitilanteissa	20
3.3 Etuosakkeen ja äänioikeudettomien osakkeiden käsittely alikapitalisointitilanteissa	22
3.4 Ikuisten lainojen käsittely alikapitalisointitilanteissa	25
3.5 Voitto-osuuslainojen käsittely alikapitalisointitilanteissa	28
3.6 Vaihtovelkakirjalainat alikapitalisointitilanteissa	29
4. OMAN JA VIERAAN PÄÄOMAN SUHDE PERUSONGELMANA ALIKAPITALISOINTITILANTEISSA	33
4.1 Oma pääoma käsitteenä ja siihen kuuluvat erät	34
4.1.1 Tappioiden ottaminen huomioon oman pääoman määrää laskettaessa	36
4.2 Vieras pääoma käsitteenä ja siihen kuuluvat erät	37
4.2.1 Kenen velat otetaan huomioon alikapitalisointitilanteissa ?	39
4.2.2 Velan määrän laskemiseen liittyvät ajoituskysymykset	41
4.3 Ongelmakohtia oman ja vieraan pääoman välisen suhteen määrittelyssä	41
4.3.1 Suhdelukumalli ja suojasatamasäännös alikapitalisointitilanteissa	42
4.3.2 Markkinaehtoisuuden periaate alikapitalisointitilanteissa	48

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

5. ETUYHTEYSTILANTEEN MUODOSTUMINEN JA RAHOITUSJÄRJESTELYIHIN LIITTYVÄT ONGELMAT ALIKAPITALISOINTITILANTEISSA 54

5.1 Yritysten välisen etuyhteystilanteen muodostuminen	55
5.1.1 Omistususuuden merkitys etuyhteystilanteen muodostumiselle	59
5.1.2 Osapuolien oikeudellisen muodon merkitys alikapitalisointitilanteiden muodostumiselle	62
5.2 Emoyhtiön tytäryhtiölleen antaman välillisen rahoituksen vaikutus alikapitalisointitilanteissa	63
5.2.1 Back-to-back -lainojen käsittely alikapitalisointitilanteessa	63
5.2.2 Takuujärjestelyiden huomioon ottaminen alikapitalisointitilanteessa	65
5.3 Valvonnalliset vaikeudet yritysryhmittymien rahoitusjärjestelyissä	67
5.3.1 Veronkiertosäännöksen käyttäminen alikapitalisointitilanteessa	68
5.3.2 Ennakkotietojen antaminen alikapitalisointitilanteessa	71

6. VEROSEURAAMUKSET EMO- JA TYTÄRYHTIÖIDEN ASUINVALTIOISSA SEKÄ VEROSOPIMUSTEN HUOMIOON OTTAMINEN ALIKAPITALISOINTITILANTEESSA JA -SÄÄDÖKSIÄ SUUNNITELTAESSA 74

6.1 Veroseuraamukset emo- ja tytäryhtiön asuinvaltiossa	75
6.1.1 Koron osingoksi katsomisen veroseuraamukset tytär- ja emoyhtiöiden asuinvaltioissa	75
6.1.2 Koron vähennysoikeuden epääminen tytär- ja emoyhtiöiden asuinvaltioissa	78
6.1.3 Tulkinta Suomen osalta	79
6.2 Verosopimusten osalta erityisesti syrjäntäkieltoartiklan vaikutus alikapitalisointitilanteissa	81
6.3 Kaksinkertaisen verotuksen poistaminen	87

7. KOKOAVASTI SEIKAT, JOIHIN OLISI KIINNITETTÄVÄ HUOMIOTA MIETITTÄESSÄ ALIKAPITALISOINTISÄÄNNÖKSIÄ SUOMELLE 90

8. YHTEENVETO 95

LÄHTEET 97

1. Johdanto

1.1 Taustaa ja tavoitteet

Kansainvälisessä vero-oikeudessa alikapitalisointisäännökset ovat saamassa yhä enemmän merkitystä rajat ylittävän liiketoiminnan kasvun myötä. Alikapitalisointitilanne syntyy silloin, kun yritystä on rahoitettu liiallisella vieraalla pääomalla, jolloin pyrkimyksenä on saada verohyötyä koron vähennyskelpoisuuden avulla suhteessa osingon epäedullisempaan verokohteluun. Alikapitalisointitilanne voi syntyä vain etuyhteydessä olevien yritysten välisissä rahoitusjärjestelyissä. Yleensä alikapitalisointitilanne syntyy, kun ulkomainen emoyhtiö rahoittaa tytäryhtiötään liiallisella vieraalla pääomalla. Tällöin konsernin verot pienenevät kokonaisuudessaan. Korot ovat tytäryhtiölle vähennyskelpoisia, ja yleensä myös koron lähdevero on pienempi kuin osingoista menevä lähdevero. Niin kauan kuin koron ja osingon verokohtelu on erilaista, syntyy kansainvälisesti ajatellen epäsymmetriaa rahoitusjärjestelyjen verotuksessa. Suomella ei ole vielä alikapitalisointisäännöksiä, eikä täällä ole koettu säännöksen puuttumista kovin ongelmallisena. Tämä johtuu osittain siitä, että maamme yhteisöveroaste on maailman pienimpiä, ja yritysten rahoitusrakenteet ovat yleisesti ottaen alikapitalisointitilanteita ajatellen terveitä. Ulkomainen etuyhteystaho voi kuitenkin halutessaan hyötyä rahoittamalla suomalaista yritystä liiallisesti vieraalla pääomalla. Suomi ei peri edes lähdeveroa koroista, ellei lainaa katsota oman pääoman ehdoin sijoitetuksi. Verotulojen karkaamisen estämiseksi Suomikin tarvitsee alikapitalisointisäännökset. Ne toimivat eräänlaisena suojakeinona pyrkimykselle hyötyä korkojen vähennyskelpoisuudesta. Tutkimukseni tavoitteena on löytää Suomen oloihin mahdollisimman hyvä alikapitalisointilainsäädäntö. Tarkoituksena ei ole kuitenkaan tehdä tätä pykälätasolla vaan kiinnittämällä huomiota seikkoihin, jotka aiheuttavat ongelmia lainsäädäntöä suunniteltaessa. Useisiin tekijöihin esitän oman näkemykseni. Työssä tarkastellaan USA:n ja Iso-Britannian sekä muutaman muun maan alikapitalisointilainsäädäntöä

tarkoituksena hakea tulkinta-apua Suomen mahdolliseen tulevaan alikapitalisointilainsäädäntöön.

1.2 Tutkielman rakenne

Tutkielman alussa katsotaan Suomen oikeuskäytäntöä alikapitalisointitilanteessa sekä paneudutaan Suomessa muutama vuosi sitten valmistuneeseen kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmän muistioon, jossa on pohdittu mahdollisuutta säätää alikapitalisointilainsäädäntö myös Suomeen. Alikapitalisointisäännöksissä vieraan ja oman pääoman suhteen määrittäminen on perusongelma, johon tässä työssä pyritään etsimään vastausta. Rahoitusmarkkinoille on tullut yhä enemmän erilaisia hybridimuotoisia rahoitusinstrumenttejä, joiden kuuluminen joko vieraaseen tai omaan pääomaan voi olla tulkinnallista. Kolmannessa luvussa etsitään vaihtoehtoja erilaisten rahoitusinstrumenttien luokitteluun joko vieraaseen tai omaan pääomaan. Neljännessä luvussa käsitellään oman ja vieraan pääoman suhdetta sekä tähän liittyviä ongelmakohtia. Näitä ovat muun muassa eri erien kuuluminen vieraaseen ja omaan pääomaan, velan ajoittamiseen liittyvät kysymykset sekä millä tavoin määritellään sallittu vieraan ja oman pääoman sallittu suhde. Suhdelukumallin, markkinaehtoisuuden ja suojasatamasäännösten eri heikkouksia ja vahvuuksia pyrin tässä luvussa myös etsimään. Suhdelukumallin osalta ongelmaksi nousee vielä se, mikä on suhdeluku. Alikapitalisointitilanne muodostuu vain etuyhteydessä olevien osapuolten välisissä rahoitusjärjestelyissä. Viidennessä luvussa pyritään määrittämään etuyhteystilanteen muodostuminen. Samoin luvussa etsitään vastausta erilaisten rahoitusjärjestelyiden tuomiin ongelmiin alikapitalisointitilanteissa. Tällaisia tilanteita, joissa veronsaajan voi olla vaikea havaita etuyhteyden olemassaoloa, on muun muassa back-to-back -lainojen ja erilaisten takuujärjestelyiden osalta. Veronkiertosäännöksen käyttämistä ja ennakkotiedon saamisen merkitystä pohdin myös viidennessä luvussa. Alikapitalisointilainsäädäntöä laadittaessa on otettava huomioon myös verosopimukset ja EY-oikeus. Kuudennessa luvussa pohditaan tätä

ongelmaa. Samoin etsitään vastausta siihen ongelmaan, miten korkoa käsitellään alikapitalisointitilanteessa. Erityisesti syrjäntäkieltoartiklan huomioiminen on tärkeää lainsäädäntöä laadittaessa. Seitsemännessä luvussa olen koonnut Suomen kannalta niitä seikkoja, joihin on kiinnitettävä erityistä huomiota.

1.3 Lähdeaineisto ja tutkielman rajauksesta

Lähdeaineisto Suomen alikapitalisointitilanteita ajatellen on melko suppeaa. Asiasta ei ole kirjoittanut monikaan. Paras lähde Suomen osalta on ollut kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmän muistiossa esitetyt pohdinnat mahdollisesta alikapitalisointilainsäädännöstä Suomelle. Suomalaista aineistoa on puolestaan selvästi enemmän rahoitusvälineiden verotuksellisesta tulkinnasta. Ulkomaisen aineiston osalta olen keskittynyt Ison-Britannian ja USA:n aineistoihin. Tärkein lähteeni on ollut IFA:n 50. kongressin eri maiden esittämät raportit alikapitalisointilainsäädännöstään.

Olen rajannut työni ulkopuolelle alikapitalisointitilanteiden johdosta aiheutuvia vaikutuksia muun muassa varallisuusverotukseen. Työ painottuikin tuloverotukseen liittyviin asioihin. Työssä pyritään etsimään vastausta alikapitalisointilainsäädäntöä suunniteltaessa liittyviin ongelmakohtiin.

1.4 Käsitteitä

Alikapitalisoinnissa (thin capitalisation) on lähtökohtana tilanne, jossa yritystä rahoitetaan liiallisesti vieraalla pääomalla. Tällöin oman pääoman niminen suoritus onkin todellisuudessa vierasta pääomaa. Tarkoituksena on hyödyntää mahdollisuutta vähentää yhtiön maksamat korot. Jos yritystä olisi rahoitettu oman pääoman ehdoin,

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

niin maksetut osingot eivät olisi vähennyskelpoisia. Ne olisi luettu yhtiön verotettavaan tuloon. Alikapitalisointia esiintyy vain etuyhteystilanteessa ja vain siinä tapauksessa, että valtion verotulot kokonaisuudessaan laskisivat järjestelyn myötä. Alikapitalisointisäännöksiä sovelletaan yleensä vain ulkomaille maksettavaan korkoon.

Uudelleen luokitellusta korosta puhuttaessa tarkoitetaan koron katsomista osingoksi, ja näin ollen osinkoa koskevat säännökset ovat voimassa.

Suhdeluvusta puhuttaessa tarkoitetaan vieraan pääoman suhdetta omaan pääomaan.

Suojasatamasäännöksiä (safe haven rules) käytetään silloin, kun laissa ilmoitettu suhdeluku ylittyy. Tällöin alikapitalisointisäännöksiltä välttyäkseen yhtiön on osoitettava alalla vallitsevan rahoituskäytännön olevan yhtenäinen tai markkinaehtoisuuden vallitsevan.

Markkinaehtoisuus vallitsee rahoitusjärjestelyissä silloin, kun riippumaton, kolmas osapuoli olisi vastaavissa olosuhteissa ja vastaavilla ehdoilla myöntänyt lainan verovelvolliselle silloin, kun se on alunperin myönnetty.

Hybridi-instrumentista on kyse silloin, kun rahoitusvälineessä on piirteitä sekä omasta että vieraasta pääomasta. Tällöin rahoitusinstrumentti tulisi verotusta varten luokitella jompaan kumpaan ryhmään kuuluvaksi tai osittain molempiin kuuluviksi.

2. Alikapitalisointitilanteisiin puuttuminen Suomessa

2.1 Oikeuskäytäntöä

Suomessa ei ole erityistä alikapitalisointisäännöstöä, mutta tätä mahdollisuutta on pohdittu viimeksi kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmässä. Ilman lain suoranaista tukeakin on oikeuskäytännössä puututtu alikapitalisointitilanteisiin. Varallisuusverotuksessa ei ole voinut vähentää pääomasijoitukseksi katsottavaa osaa ulkomaalaisesta riippuvaisen verovelvollisen lainasta täällä olevaan liikkeeseen. Tätä on sovellettu myös tuloverotuksessa VVL 36 §:n¹ pohjalta tapauksessa KHO 1968 II 564.

Yhtiön velaksi ulkomaiselle pääosakkaalle ei ollut luettava eräitä kauttakulkuvelkoja, eikä ulkomaiselle pääomansijoitukselle laskettua korkoa katsottu vähennyskelpoiseksi. Ulkomaisen sijoituksen määrä laskettiin Suomen ja Ruotsin välillä tulon ja omaisuuden kaksinkertaisen verotuksen ehkäisemiseksi tehtyä soveltamissopimusta soveltaen.

Kyseisessä tapauksessa on siis aluksi katsottu VVL 36 §:n mukaisesti, että yhtiön velkana ei pidetä eräitä kauttakulkuvelkoja, jotka on otettu ulkomaiselta pääosakkaalta. Tämä on puolestaan analogisesti johtanut kyseisen velan osalta koron vähennyskelvottomuuteen, sillä velkaa ei verotuksellisessa tarkastelussa katsota olevan.

¹ VVL 36 §: Omaan pääomaan rinnastettava laina. Jos Suomessa liikettä harjoittava verovelvollinen on välittömästi tai välillisesti riippuvainen henkilöstä, joka ei asu Suomessa, tai ulkomaisesta yrityksestä, joka taloudellisesti osallistuu hänen yritykseensä tai jolla on vaikutusvaltaa sen johtoon taikka johon yritykseen verovelvollinen taloudellisesti osallistuu tai jonka yrityksen johtoon hän voi vaikuttaa, verovelvollisen varoista ei saa vähentää sitä osaa velasta, jota on pidettävä omaan pääomaan rinnastettavana pääomansijoituksena täällä olevaan liikkeeseen.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

KHO:n tapauksessa 19.2.1986 T 642 on perusteltu koron vähennyskelpoisuuteen johtaneita syitä alikapitalisointitilanteessa.

Yhtiön osakekannasta suurimman osan omisti sen ulkomainen emoyhtiö, jolta yhtiö oli saanut lainoja. Sanottujen lainojen verovuoden korosta, jota oli peritty 2-3 %:n korkokannan mukaan 393 459 mk, oli lisätty yhtiön tuloon ulkomaisen yrityksen pääoman sijoitukseksi katsotun velan korkona 246 384 mk. KHO:ssa esitetyn selvityksen mukaan lainat oli saatu vuosina 1966-1978. Yhtiön osakepääoma verovuoden lopussa oli 8 011 000 mk ja lainat edellä mainitulta pääosakkaalta 18 205 942 mk. Verovuoden taseen mukainen oman ja vieraan pääoman suhde oli siten 1:2,25. Lainoja oli lyhennetty, ja peritty korko oli vastannut lainaehtoja, jotka samoin kuin valuutansiirrot Suomen Pankki oli hyväksynyt. Ottaen huomioon yhtiön oman ja vieraan pääoman suhteen, sen, että lainoja oli lyhennetty, ja sen, että lainoista peritty korko oli ollut alhainen verrattuna Suomen olosuhteissa osakepääomasta yleisesti maksettuun osinkoon, KHO katsoi, että sanotut korot olivat kokonaisuudessaan tytäryhtiön vähennyskelpoisia menoja.

Kyseisessä KHO:n tapauksessa on rahoitustransaktion todellista luonnetta pyritty selvittämään. Samoin on mietitty mahdollista oman ja vieraan pääoman suhteen vaikutusta. Tapauksessa on vieraan ja oman pääoman suhde ollut 2,25:1. Useimmissa suojasatamasäännöksiä käyttävissä maissa hyväksyttävä vieraan ja oman pääoman suhde on 3:1², joka ei tässä tapauksessa ylittynyt. Sinänsä ei KHO:n päätöksestä ole suoraan johdettavissa vieraan ja oman pääoman välisen suhteen hyväksyttävää määrää, sillä Suomessa ei ole lainsäädäntöä alikapitalisointitilanteiden varalle ja

² Piltz s. 106

jokainen tapaus on yksilöllinen.³ Koron vähennyskelpoisuuden puoltavina tekijöinä on lisäksi mainittu, että lainaa oli lyhennetty sekä koron määrä on vastannut lainaehtoja. Tällöin ei ole epäilystä siitä, että koron vähennyskelpoisuuden sallivia säännöksiä yritettäisiin käyttää väärin. Kyseisessä tapauksessa koron määrä on ollut myös alhainen, jolloin tulosta ei ole pyritty viemään alhaisemman verorasituksen valtion. Tähän voitaisiin mahdollisesti puuttua VML 31 §:n kansainvälistä peiteltyä voitonsiirtoa koskevaan säännökseen nojaten (aikaisemmin verotuslaki 73 §). Ratkaisusta ei voida sen yksilöllisyyden vuoksi johtaa yleisempiä tulkintalinjoja alikapitalisointilainsäädännön puuttuessa.

Jos alikapitalisointitilanteissa on katsottu voitavan puuttua oikeuteen koron katsomiseksi osingoksi, on herännyt kysymys verosopimusten syrjintäkieltoartiklan vaikutuksesta. Perusmuotoisella syrjintäkieltoartiklallakin on katsottu olevan vaikutusta alikapitalisointitilanteissa (enemmän verosopimusten syrjintäkieltoartiklan vaikutuksista katso luku 6.2 jäljempänä).⁴

³ Katso myös Mannio s. 224, jossa todetaan, että koron vähennyskelpoisuuden kieltämiseksi ei ole oikeuskäytännössä asetettu riittävän selkeitä rajoja vieraan ja oman pääoman suhteille, samoin ei ole selvyyttä siitä, miten tämä suhde lasketaan.

⁴ KHO 1983 II 515. Asiakirjoista saatavan selvityksen mukaan yhtiö, joka oli merkitty kaupparekisteriin 29.11.1974, oli taseessaan 30.11.1977 päättyneeltä tilikaudelta ensimmäistä kertaa ilmoittanut pitkäaikaista lainaa 6 936 000 mk amerikkalaiselta emoyhtiöltä B corporationilta. Lainasta yhtiö oli verovuonna suorittanut emoyhtiölleen korkoa, josta 209 792 mk oli verotuksessa palautettu yhtiön tuloon. Kun otettiin huomioon yhtiön pääomarakenteessa verovuonna tapahtuneet muutokset sekä muu selvitys emoyhtiön sijoituksesta tytäryhtiöön, KHO ottaen huomioon muun ohella Suomen ja Amerikan Yhdysvaltojen välisen tulo- ja omaisuusveroja koskevan sopimuksen 7 artiklan 3 kappaleen määräykset katsoi, ettei kyseistä lainaa ollut osaksikaan pidettävä sellaisena ulkomaisen yrityksen pääoman sijoituksena täällä olevaan yhtiöön, jota vastaavaa korkoa yhtiö ei saanut verotuksessa vähentää. Sen vuoksi KHO kumosi LO:n päätöksen ja toimitetun verotuksen sekä palautti asian X:n verolautakunnalle uudelleen käsiteltäväksi.

Kansainvälisen uudistamistyöryhmän raportin sivulla 72 on todettu tapauksesta, että syrjintäkieltoartiklan lisäksi ratkaisuun on vaikuttanut suomalaisen tytäryhtiön rahoitusrakenteeseen liittyvät seikat. Samoin tapausta on lyhyesti kommentoinut Tikka & Nykänen s. 9:4 - 9:5 joulukuun 1997.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Suomen viime aikoina tekemiin verosopimuksiin on otettu OECD:n malliverosopimuksen mukaan kvalifioitu syrjintäkieltoartikla, jonka on katsottu kieltävän koron vähennysoikeuden rajoittamisen alikapitalisointitilanteissa.⁵

Suomesta ulkomaille maksettavat korot on pääpiirteittäin TVL 9 § 2 momentin⁶ mukaan vapautettu lähdeverosta, ellei kyse ole omaan pääomaan rinnastettavasta sopimuksesta. Suomi on pääomaköyhä maa, joka tarvitsee ulkomaisia investointeja. Jos Suomi lähdeverottaisi korkoja, nousisivat lainakustannukset vastaavasti. KHO:n päätöksiä on alikapitalisointitilanteissa muutama, mutta niistä ei voi vetää yhtenäistä linjaa, kuin että tapauksiin on mahdollista puuttua asian ilmettyä. Oikeustila on siis epäselvä.

2.2 Lainsäädäntöhankkeita Suomessa koskien alikapitalisointitilanteita sekä esitettyjä periaatteellisia kannanottoja

Valtiovarainministeriön asettama kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmä (28.1.1994 asetettu ja 31.3.1995 jätetty muistio) on miettinyt mahdollisuutta luoda oma lakinsa alikapitalisointitilanteille. Työryhmän mukaan sallitun oman ja vieraan pääoman välisen suhteen määrittely olisi keskeisessä asemassa. Parhaana ratkaisuna pidetään safe haven- eli suojasatamasäännöstöä, jossa vieraan ja oman pääoman välistä suhdelukua käytetään kiinteänä vain määrättyyn rajaan asti. Yhden tai useamman suhdeluvun käyttäminen vieraan ja oman pääoman määrittelyssä koetaan työryhmän mukaan liian yksipuolisena. Tällöin ei voitaisi ottaa huomioon toimialakohtaisia vaihteluja rahoitusrakenteissa, jolloin asian todellisen luonteen mukainen käsittely OECD:n suosituksen mukaan ei toteudu. Useamman suhdeluvun

⁵ Katso tarkemmin valtiovarainministeriö 1 s. 72 ja Vapaavuori s. 530-532 sekä jäljempänä kappaleessa 6.2.

⁶ TVL 9 § 2 mom: Rajoitetusti verovelvollinen ei ole verovelvollinen täältä saamastaan korkotulosta, joka on maksettu ulkomaankaupassa syntyneelle tilisaamiselle, pankkiin tai muuhun rahalaitokseen. talletetuille varoille, obligaatiolle, debentuurille, muulle joukkovelkakirjalainalle taikka sellaiselle

käyttämistä puolestaan pidetään hallinnollisesti turhan raskaana vaihtoehtona. Toisena vaihtoehtona on mietitty suhdeluvun käyttämistä vain yhtenä asiaan vaikuttavana tekijänä, jolloin rahoitusratkaisun todellisen luonteen selvittäminen olisi ensisijaisessa asemassa. KHO:n muutamit ratkaisut ovat osoittaneet sen, että ennustettavuus on heikko, eikä oikeusvarmuuden kannalta voida ratkaisua myöskään pitää hyvänä. Työryhmä on pitänyt parhaana ratkaisuna järjestää alikapitalisointisäännökset suojasatamasäännösmallin mukaisesti, jolloin tiettyyn rajaan asti vieraan ja oman pääoman välisen suhteen ollessa rajan alapuolelle koron vähennyskelpoisuutta ei ainakaan alikapitalisointisäännöksillä voitaisi evätä. Vaikka suhdeluku ylittyisikin, niin verovelvollisella olisi mahdollisuus osoittaa markkinaehtoisuus järjestelylle, jolloin koron vähennyskelpoisuutta ei myöskään voitaisi evätä. Suojasatamasäännöksiä onkin pidetty kompromissina puhtaaseen tapauskohtaiseen tarkasteluun (arm's length) ja tiukkaan suhdelukuun pitäytyvään säännöksen verrattuna.⁷ Myös Ryyinäsen mukaan suojasatamasäännökset olisivat oikea vaihtoehto alikapitalisointisäännösten toteuttamiselle Suomen osalta⁸

Ongelmaksi lainsäätämislle on koettu myös se, miten osoittaa alikapitalisointitilanteissa ulkomaisen rahoittajan etuyhteyksomaisuus, sillä välikäsien käyttö mahdollistaa lainanantajan alkuperän hävittämisen.⁹ Alikapitalisointitilannettahan ei synny, jos rahoittajana ei ole etuyhteydessä oleva taho, sillä muutoin voidaan laina katsoa annetuksi markkinaehtoisuuden vallitessa, ellei sitten ole kysymys puhtaasti lahjasta.

Verosopimuksissa yleisesti käytetty kvalifioitu syrjäntäkieltoartikla estäisi huomattavasti alikapitalisointisäännöksen alaa. Näin ollen verosopimusten vaikutus tulisi ottaa huomioon jo tehtyjen sopimusten osalta sekä myös jatkossa tehtävien sopimusten osalta.

ulkomailta Suomeen otetulle lainalle, jota ei ole katsottava lainansaajan omaan pääomaan rinnastettavaksi pääomansijoitukseksi.

⁷ Valtiovarainministeriö 1 s. 77-78

⁸ Ryyinäsen s. 428, Samoin Mannion osalta s. 239

Suhdeluvun laskemiseen liittyvät omat ongelmansa, ja ulkomaisessa käytännössä on lukuisia eri tapoja laskea oman ja vieraan pääoman välinen suhde. Hybridi-instrumenttien ottaminen huomioon toisi omat vaatimuksensa vaikeine tulkintaongelmineen. Suomen rahoitusmarkkinat ovat vasta kehittymässä esimerkiksi Yhdysvaltoihin verrattuna. Tällöin on odotettavissa, että meillekin on jatkuvasti tulossa uusia rahoitusinstrumentteja, joiden verotuskohtelu on epäselvää. Oleellista on hahmottaa kyseisen instrumentin todellinen luonne, jonka mukaan se voidaan kategorisoida myös verotuksellista tulkintaa varten. Uusi osakeyhtiölaki on tuonut pääomalainaa koskevan sääntelyn lakiin, ja pääomalainan tulkitseminen joko omaksi tai vieraaksi pääomaksi vaikuttaa suoraan mahdollisen tulevan alikapitalisointisäännöksen tulkintaan käytännön tilanteissa.

Työryhmä katsoo, että nykyistä oikeustilaa ei voi pitää tyydyttävänä, ja veronsaajien aseman turvaaminen sekä verokohtelun ennustettavuus puoltaisivat selkeämpää sääntelyä. Rahassa mitattuna ei kuitenkaan puhuta fiskaalisesti kovin suurista summista. Kansainvälisen alikapitalisointikäytännön ollessa hapuilevaa työryhmä toteaa, että asiaan tulee palata, kun suuntaviivat maailmalla hahmottuvat.¹⁰ Kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmän esittämiin ongelmiin ja kysymyksiin etsin vastauksia lähinnä Iso-Britannian ja Yhdysvaltojen lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä käsin.

Kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmä ei ole pitänyt alikapitalisointisäännösten toteuttamista kovin kiireellisenä asiana johtuen siitä, ettei säännöksillä ole kovin suurta fiskaalista merkitystä. Säännökset olisi myös vaikea toteuttaa. Kansainvälisesti ajatellen alikapitalisointisäännökset tulevat joka tapauksessa lisääntymään, jolloin myös Suomen olisi syytä olla kehityksessä mukana. Suomessa on tosin maailman alhaisimpiin lukeutuva yhteisöverokanta, jolloin

⁹ Valtiovarainministeriö 1 s. 78

¹⁰ Valtiovarainministeriö 1 s. 77-80

ulkomaalaiset yritykset voivat sijoittaa maahanamme kohtuullisin kustannuksin oman pääoman ehdoin.

Samoin Suomi on uusimmissa verosopimuksissa luopumassa osinkojen lähdeverotuksesta.¹¹ EU:n emo-tytäryhtiö -direktiivin mukaan Suomi on myös sisäiseen lakiinsa ottanut säännökset, jotka estävät lähdeveron perimisen osingosta, joka maksetaan EU:n jäsenvaltiossa asuvalle yhteisölle, joka omistaa välittömästi vähintään 25 % osinkoa maksavan yhtiön pääomasta ja joka on velvollinen maksamaan yhtiöveroa asuinvaltiossaan.¹² EU:n sisällä on myös puhuttu verokilpailun rajoittamisesta, jolloin alikapitalisointisäännösten puuttuminen voisi olla jonkinasteinen houkutin ulkomaisille sijoittaa Suomeen. Näin tuskin käytännössä on tilanne. Ruotsillakaan ei ole vielä alikapitalisointisäännöksiä, ja Ruotsin tilanne on Suomeen verrattavissa. Maailmalla on esitetty kritiikkiä alikapitalisointisäännösten puuttumiselle teollisuusmailla. IFA:n vuoden 1994 kongressin yhteenvedossa¹³ on todettu, että on vaikea ymmärtää, miksi joillakin mailla ei ole vielä alikapitalisointisäännöksiä. Ruotsin osalta erityisesti todetaan, ettei sillä näin ole suojaa liian suurien korkovähennyksiä vastaan, eikä Ruotsi liioin peri lähdeveroa koroista. Ruotsilla on kuitenkin Suomen tavoin alhainen yhteisöveroprosentti kansainvälisesti verrattuna.

Oman näkemykseni mukaan Suomen tulisi lähivuosien aikana säätää alikapitalisointisäännökset perustuen neutraalisuusnäkökohtiin ja osittain verotulojen pitämiseksi maan sisällä. Vaikka Suomella tällä hetkellä onkin alhainen yhteisöverokanta, niin jatkossa emme voi olla varmoja sen suhteesta muihin maihin. Samoin vaikka jatkossa Suomi perisi yhä harvemmin lähdeveroa osingoista, tuovat

¹¹ Hallituksen esityksessä 152/1996 yksityiskohtaisissa perusteluissa IV artiklan kohdalla on sanottu, että Suomen verosopimuspolitiikkana on lisäksi nykyisin Suomesta maksettavien osinkojen verottomuus. Tämä on ollut yksi peruste sille, että Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin verosopimuksissa on yhtiöverojen hyvittämisestä luovuttu.

¹² Lähdeverolaki 3 § 5 mom. Katso myös EVL 6 § 2 mom, jossa vastaavasti todetaan hieman eri edellytyksin osinkotulon verovapaus.

¹³ Arnold s. 513, Katso myös Bergström & Gäverth s. 715-716, jossa Ruotsin edustaja on pohtinut syitä siihen, miksei Ruotsilla ole vielä alikapitalisointisäännöksiä, ja miten jatkossa edetään.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

alikapitalisointisäännökset tietyn varmuuden siitä, milloin koron vähennyskelpoisuus on liiallista. Veronkiertosäännös on tähän tarkoitukseen turhan yleinen ja tulkinnanvarainen lähestymistapa. Seuraavissa luvuissa otetaan kantaa yksityiskohtaisesti vertaillen maailmalla jo oleviin säännöksiin, miten Suomen osalta tulisi alikapitalisointisäännökset toteuttaa, jolloin tulee erityisesti ottaa huomioon IFA:n 50. kongressin päätöslauselman näkökohdat.¹⁴

¹⁴ Katso suomennettuna Vapaavuori s. 537.

3. Hybridimuotoisten rahoitusinstrumenttien käsittelyn ongelmakohtia alikapitalisointitilanteessa

3.1 Hybridimuotoinen rahoitus

Alikapitalisointitilanteissa on erityisen tärkeää hahmottaa erilaisten rahoitusinstrumenttien todellinen luonne, jonka mukaan ne voidaan jakaa omaksi tai vieraaksi pääomaksi. Osingon ja koron erilaisista verokohteluista nimenomaan aiheutuu alikapitalisointitilanne kansainvälisten etuyhteydessä olevien yritysten välillä. Rahoitusmarkkinoiden Suomessakin monipuolistuessa ja kehittyessä on markkinoille tullut entistä monimutkaisempia rahoitusvälineitä, joita usein on melko vaikea erottaa puhtaasti omaan tai vieraaseen pääomaan kuuluvaksi.¹⁵

Verotuksellinen käsittely välimuotoisen rahoituksen eli hybridi-instrumenttien osalta olisi hyvä saada selväksi jo ennen kuin instrumentit ovat käytössä markkinoilla. Kansainvälisesti ottaen sääntely on kuitenkin pirstoutunutta, eikä yhdelläkään maalla ole täysin onnistunutta järjestelmää käytössä. Muutoinkin kuin alikapitalisointitilanteiden osalta hybridi-instrumenttien erilainen verokohtelu tuottaa epäsymmetrisia asetelmia valtioiden välillä, jolloin myös veronkiertomahdollisuudet lisääntyvät.¹⁶ Tällöin on erityisen tärkeää saattaa erilaisten rahoitusinstrumenttien

¹⁵ Katso Keinonen 2 s. 237-238 rahoitusmarkkinoiden kehittymisen osalta Suomessa. Velkainstrumentteihin on alettu liittää osakkeisiin liittyviä elementtejä vieraan pääoman kustannusten alentamiseksi, velkainstrumenttien kiinnostavuuden lisäämiseksi, riskien hallinnan parantamiseksi ja oman pääoman saannin edistämiseksi. Katso myös Keinonen 1 s. 167-168 johdannaisinstrumenttien merkityksen kasvamisesta ja niiden kehityksestä 1980-luvun loppupuolelta lähtien.

Ruotsin osalta katso Gunne s. 337. Ruotsinkin rahoitusmarkkinoiden kehittyminen on alkanut vasta 1980-luvun lopulla, eikä yhtenäistä lainsäädäntöä rahoitusinstrumenttien verokohtelulle ole. Useiden instrumenttien verokohteluun ei ole löydettävissä selkeää ohjetta laista tai oikeuskäytännöstä. Rahoitusmarkkinoiden toimivuuden kannalta on kuitenkin ensiarvoisen tärkeää, että verokohtelu on ennalta tiedettävissä, joten lainsäätäjällä on edessään melkoinen urakka.

¹⁶ Keinonen 2 s. 239

verokohtelut johdonmukaisiksi toisiinsa nähden.¹⁷ Rahoitusmarkkinat ovat kyllä yhdentyneet kansainvälisesti, mutta eri maiden verolainsäädännöt ovat niin kaukana toisistaan, että esimerkiksi hybridi-instrumenttien yhtenäinen verokohtelu on vielä haave Euroopassakin.¹⁸ OECD¹⁹ on osaltaan yrittänyt lähentää erilaisten välimuotoisten rahoitusinstrumenttien verokohtelua pohtimalla muutamia mahdollisia tapoja lähentää rahoitusinstrumenttien verokohtelua. Yhteenvedossa on kuitenkin päädytty siihen, että mitään ehdotusta ei vielä tehdä vaan valmistelutyötä jatketaan yhdessä Working Group on Accounting Standards -työryhmän kanssa.

Tässä luvussa on tarkoituksena käsitellä joidenkin yleisempien rahoitusinstrumenttien käsittelyä alikapitalisointitilanteissa, jolloin erottelu omaan ja vieraaseen pääomaan on tärkeintä. Suomessa sääntely on melko kehittymätöntä, joten vertailupohjaa on hyvä hakea ulkomaisesta käytännöstä. Uusi osakeyhtiölaki on tullut voimaan 1.9.1997, ja tähän lakiin on otettu mukaan pääomalainaa koskeva sääntely ensimmäistä kertaa. Lakiin on pääomalainan lisäksi otettu myös säännökset etuosakkeesta ja optio-oikeudesta.

Kehittyvät rahoitusmarkkinat tuovat siis Suomeenkin yhä enemmän ja monimutkaisempia hybridi-instrumentteja, joiden luonne ja verotuksellinen käsittely tulisi tietää mahdollisimman aikaisessa vaiheessa. Keinonen²⁰ on esittänyt, että kauppa- ja teollisuusministeriö antaisi päätöksen, jossa olisivat kriteerit siitä, missä

¹⁷ Katso Plambeck, Rosenbloom & Ring s. 689-690, jossa eri maiden yhteenvedon päätelmissä korostetaan sitä, että uusien rahoitusinstrumenttien osalta veroviranomaisilla on vastuu poistaa epäkohdat, joista mainitaan kaksinkertainen verotus, epäsymmetria ja epävarmuus. Järjestelmien tulisi myös rahoitusinstrumenttien osalta olla pitäviä (consistent) ja yhdenmukaisia (uniform), eivätkä yleiset veronkiertosäännökset ole kovinkaan hyvä keino toteuttaa käytännössä rahoitusinstrumenttien kansainvälistä verotusta.

¹⁸ Tästä asiasta on tarkemmin kirjoittanut Michielse 1 s. 12-15, jossa mainitaan myös erilaisuudet verojärjestelmissä, jotka aiheuttavat epäsymmetrisen verotuksen valtioiden välillä.

¹⁹ OECD 1994 s. 34-37 ja yhteenvedon osalta s. 38-39. Eri yhdentämistapoina on mietitty neljää eri toimintavaihtoehtoa. Ensimmäisessä vaihtoehdossa (paragraphs 155-156) pitäydytään vanhassa mallissa (status quo). Toisena vaihtoehtona on pohdittu koron määritelmän muuttamista (paragraphs 157-160). OECD on analysoinut myös mahdollisuutta lisätä uusi artikla uusille rahoitusinstrumenteille, mutta tästäkin mahdollisuudesta on luovuttu määritelmäongelmien ja sen nopean vanhenemisen pelossa (paragraphs 161-167). Viimeiseksi on otettu esille muu tulo -artiklan mahdollisuudet (paragraphs 168-170).

tilanteissa velka voitaisiin rinnastaa omaan pääomaan. Vaihtoehtoisesti hän esittää, että säännökset otettaisiin suoraan lakiin. Jos velka katsottaisiin omaksi pääomaksi, niin voitonjakoon liittyviä säännöksiä tulisi soveltaa vastaavilta osin myös kirjanpidossa ja verotuksessa. Yhtiöoikeudellisen, kirjanpidollisen ja verotuksellisen sääntelyn tulisi jatkossa olla yhdenmukaista uusien rahoitusinstrumenttien hallittavuuden parantamiseksi. Tähän päätelmään on helppo yhtyä. Säännöksiä ottaminen lakiin saattaa tulla liiaksi jälkikäteen, jolloin ennen lain voimaantuloa tehtyihin toimenpiteisiin ei pääsääntöisesti voitaisi puuttua, ellei sitten ole kysymys veronkierrosta. Pitäisin sitovien ohjeiden antamista parempana ratkaisuna, jolloin voitaisiin etukäteen ennen uuden rahoitusinstrumentin käyttöönottoa valita kyseisen instrumentin osalta sen verotuksellinen kohtelu. Tällöin tulisi lailla valtuuttaa jokin taho tekemään yksin tai yhdessä sitova päätös asiassa. Tällainen taho voisi olla esimerkiksi kauppa- ja teollisuusministeriö verohallituksen ja joidenkin muiden tahojen avustamana.

Isossa-Britanniassa hybridi-instrumentteja ei käsitellä mitenkään muista lainamuodoista poikkeavasti. Suorituksen luonne tulee ensin määrittää yleisten säännösten mukaisesti, esimerkiksi suoritus jaetaan korkoon tai osinkoon. Tämän jälkeen voidaan katsoa soveltuvatko koron osingoksi luokittelusäännökset kyseiseen tapaukseen.²¹ Isossa-Britanniassa ei siis ole säännöksiä, joiden perusteella velka voitaisiin katsoa omaksi pääomaksi, mutta sen sijaan on useita säännöksiä, jotka luokittelevat koron osingoksi.²² Ongelmana hybridi-instrumenttien käsittelylle Isossa-Britanniassa on koettu se, että taloudellisten muutosten ja rahoitusmarkkinoiden

²⁰ Keinonen 2 s. 246

²¹ Fairley & Fleming s. 758

²² Marshall s. 451 on tehnyt listan tilanteista, joissa korko voidaan uudelleen luokitella osingoksi. Säännökset ovat monimutkaisia, sillä yhtiöveron maksamisvelvollisuus voi toisinaan estää säännöksen soveltamisen. Tällöin säännöksiä soveltamisalaan käytännössä jäävät yleensä ulkomaalaisille maksetut suoritukset. Näistä käytännössä yleisimmät lienevät tilanteet, joissa maksettu korvaus ylittää sen, mitä olisi maksettu normaalin liikesuhteen vallitessa ja joissa korvaus on riippuvainen yhtiön tuloksesta. Samoin Tiley s. 292-295, jossa on tarkemmalla tasolla vielä kuvattu kyseisiä säännöksiä.

kehityksen myötä verolait ovat olleet aina jäljessä, ja käytäntö on sanellut verotuskohtelun.²³

Yhdysvalloissa, samoin kuin Isossa-Britanniassa, on suuri määrä erilaisia hybridimuotoisia rahoitusinstrumentteja. USA:ssa hybridi-instrumentit pyritään todellisen luonteensa mukaan katsomaan joko oman pääoman tai vieraan pääoman muotoiseksi rahoitukseksi tai niiden yhdistelmiksi. Eri tilanteissa sama instrumentti voidaan mahdollisesti tulkita eri tavoin, mutta tällaista epäsymmetriaa tulisi välttää.²⁴ Hybridi-instrumenttien luokittelu joko omaksi tai vieraaksi pääomaksi onkin ollut kiivaan keskustelun kohteena USA:ssa, sillä tällä luokittelulla voi olla isoja verovaikutuksia.²⁵ Rahoitusinstrumenttien verokohtelu Yhdysvalloissa on melko monimutkaisesti toteutettu, eikä siellä ole onnistuttu saavuttamaan mitään teoreettista läpimurtoa hybridi-instrumenttien verokohtelulle. Verokohtelu ei näin ollen aina vastaa taloudellisia tosiasioita, mistä voi aiheutua myös veron minimointiyrityksiä ja veronkiertoa.²⁶

USA:n veroviranomaisilla (Internal Revenue Service, IRS) on oikeus katsoa velka omaksi pääomaksi tiettyjen edellytysten vallitessa eli silloin, kun velka on luonteeltaan enemmän omaan pääomaan katsottavissa. Mitään yhtenäistä käytäntöä ei ole kuitenkaan olemassa, vaan yksittäisen tapaukset tosiseikat ratkaisevat velan

²³ Katso Collier s. 583-586 ja s. 610-611, jossa pureudutaan syvemmin ongelmien alkujuurille. Ongelmien aiheuttajina on ollut Ison-Britannian verojärjestelmän erot pääomatulojen (capital) ja juoksevien tulojen (revenue) verokohtelun välillä, liiketoiminnan ja ei-liiketoiminnan verotuksen välillä (trade/non-trade distinction), investointiyhtiöiden verotuksen epäkohdat (the investment company problem) ja fragmentaatio, jossa saman rahoitusinstrumentin verokohtelu on pilkkoutunut niin, että toimenpiteen eri osia kohdellaan eri tavoin.

²⁴ Engle & Raineri s. 774

²⁵ Kempler s. 50

²⁶ May s. 646-647, jossa ongelmien syynä pidetään sitä, että velan ja oman pääoman verokohtelu on perusteiltaan niin erilaista. Lääkkeiksi ehdotetaan realisointiperiaatteesta luopumista, yhtiöverojärjestelmän integrointia, luottamista enemmän vaihtoehtoihin veropohjiin ja rahoitusinstrumenttien hajauttamista osiin (disaggregation).

luokittelun.²⁷ Veroviranomaiset kiinnittävät luokittelussa erityisesti huomiota 5 seikkaan, jotka on määritelty laissa:

- 1) Onko olemassa kirjoitettua ja ehdotonta velvoitusta maksaa laina takaisin tiettyinä hetkenä tai pyynnöstä sovitun suuruisena korvauksena rahassa, ja onko velvollisuus maksaa korkoa lainalle etukäteen.
- 2) Miten laina on maksusijajärjestyksessä suhteessa yhtiön muihin velvoitteisiin.
- 3) Vieraan ja oman pääoman suhde.
- 4) Voiko rahoitusvälineen vaihtaa yhtiön osakkeisiin.
- 5) Osakkeiden omistuksen ja velan suhde yhtiössä.

Kongressi valtuutti vuonna 1989 IRS:n hajauttamaan rahoitusinstrumentin osittain velaksi ja osittain omaksi pääomaksi. Näihin yllä esitettyihin luokitteluihin ei kuitenkaan käytännössä ole juuri nojaututtu, vaan tarkastelussa lähtökohtana on ollut tapauskohtainen tarkastelu, jossa eri tekijöiden suhteet voivat olla erilaiset tapauksesta riippuen²⁸

Oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota oman ja vieraan pääoman kriteereihin. Court of Appeals for the Third Federal Circuit on listannut seuraavia tekijöitä, joita tulee arvioida erikseen ja yhdessä mahdollisessa alikapitalisointitilanteessa tarkoituksena selvittää velkarahoituksen todellinen luonne²⁹: 1) osapuolien tarkoitukset, 2) lainanantajan ja osakkeenomistajan identiteetti, 3) rahoittajan

²⁷ Kongressi säati vuonna 1969 lain section 385(b), jonka mukaan IRS voi luokitella rahoitusinstrumentin joko omaan tai vieraaseen pääomaan, katso Kempler s. 51 tai Benson & M.Mckenna s. 466-467.

²⁸ Katso Engle & Raineri s. 784 ja Kempler s. 51. Weisbach s. 539 on yhteenvedossaan todennut, että paras teoreettinen tapa verottaa hybridi-instrumentteja on jakaa ne taloudellisen luonteensa mukaisiin osiin (bifurcation). Tosin ilman tarkkaa menetelmää on vaikea toteuttaa osiin jakamista. Tax Law Review 5/1996 on muutoinkin esitelty erilaisia teoreettisia malleja hybridi-instrumenttien verottamiseen. Mannio s. 248-255 on esitellyt käytyä keskustelua.

²⁹ Katso Engle & Raineri s. 785, Benson & M.Mckenna s. 467 ja Kempler s. 51-52, jossa on kriteerejä vielä eri tavalla painotettuina.

osallistuminen rahoitettavan yrityksen toimintaan, 4) yhtiön mahdollisuudet saada rahoitusta riippumattomalta osapuolelta, 5) velkaisuusaste ja oman ja vieraan pääoman suhde, 6) riskin määrä, 7) järjestelyn muodollinen pätevyys, 8) lainanantajan asema suhteessa mahdollisiin muihin rahoittajiin ja monentenako on mahdollista saada korko ja pääoma takaisin, 9) rahoituksen tuoma mahdollisuus äänestää yhtiössä, 10) korkoprosentti, 11) lainanottajan velvollisuus maksaa laina takaisin, 12) kuka maksaa korkoa takaisin tai mistä lähteestä korkoa maksetaan, 13) eräpäivien olemassaolo, 14) yhtiön lunastusoikeus, 15) rahoitusinstrumentin haltijan lunastusoikeus, 16) suorituksen ajoitus suhteessa yhtiön rakenteeseen.

3.2 Pääomalainan verotuksellinen käsittely alikapitalisointitilanteissa

Pääomalainalla on osakeyhtiölain (OYL) 5 luvun 1 §:n³⁰ mukaan muita velkoja huonompi etuoikeus yhtiön purkautuessa ja konkurssissa. Pääomalainan pääoma saadaan palauttaa tai maksaa korkoa sille ainoastaan vapaan oman pääoman puitteissa. Tämä korostaa pääomalainan oman pääoman luonteisuutta. Pääomalainaa voidaan uuden lain mukaan käyttää yhtiön vakavaraisuuden parantamiseen, jolloin sitä voidaan käyttää näin ollen myös rahoitusvälineenä. Pääomalainan toinen käyttötarkoitus on toimia saneerauskeinona selvitystilan uhatessa, jolloin sillä on yhtymäkohtia aikaisempaan vakautettuun lainaan.³¹

Osakeyhtiölain 11 luvun 6 §:n mukaan pääomalaina merkitään taseeseen erityiseksi eräksi omaan pääomaan. Osakeyhtiölaki kohtelee pääomalainaa siis omana pääomana,

³⁰ Pääomalainan tunnusmerkkeinä laissa mainitaan 4 kohtaa: 1) lainan pääoma, korko ja muu hyvitys saadaan maksaa yhtiön purkautuessa ja konkurssissa vain kaikkia muita velkoja huonommalla etuoikeudella, 2) pääomaa saadaan muutoin palauttaa vain, jos yhtiön ja , jos yhtiö on emoyhtiö, sen konsernin viimeksi päättyneeltä tilikaudelta vahvistettavan taseen mukaiselle sidotulle omalle pääomalle ja muille jakokelvottomille erille jää täysi kate, 3) korkoa tai muuta hyvitystä saadaan maksaa vain, jos maksettava määrä voidaan käyttää voitonjakoon yhtiön ja, jos yhtiö on emoyhtiö, sen konsernin viimeksi päättyneeltä tilikaudelta vahvistettavan taseen mukaan, 4) pääoma merkitään taseen omaan pääomaan erillisenä eränä

³¹ Immosen 2 s. 120 mukaan pääomalainan on lainmuutoksen jälkeen legaalikäsitem, ja sen tarkoituksena on ollut selventää ja tarkentaa ns. vakautetun lainan käyttöalaa.

tosin kirjattuna omaan pääomaan erityiseksi eräksi. Osakeyhtiölain säännökset eivät kuitenkaan määrää pääomalainan verotuksellista kohtelua, vaan tällöin veroviranomaiset arvioivat kyseistä erää sen todellisen luonteen mukaisesti. Verohallituksen ohjeistuksen mukaan³² pääomalaina voidaan luokitella verotuksessa yleensä vieraaksi pääomaksi, sillä pääomalaina perustuu velkasuhteeseen, eikä se tuota lainanantajalle osakasoikeuksia. Vaikka pääomalainalla voi jossain tapauksissa olla oman pääoman piirteitä, on se tästä huolimatta verotuksessa katsottava pääsääntöisesti vieraaksi pääomaksi. Jos pääomalainan ollessa kyseessä jouduttaisiin joka kerta erikseen miettimään sen todellinen luonne, niin hallinnollinen raskaus koituisi melkoiseksi. Lisäksi verotus tulisi pystyä toteuttamaan neutraalisti, vaikka verolainsäädäntöön ei tehtäisi muutoksia.³³

Epäkohtana voidaan kuitenkin pitää sitä, ettei nimenomaisia säännöksiä ainakaan vielä ole koskien pääomalainan -samoin kuin etuosakkeen- verotuksellista kohtelua.³⁴ Verohallituksen ohjeistushan käytännössä sitoo veroviranomaisia, mutta ei sitä vastoin oikeusistuimia, jolloin ne joutuvat arvioimaan pääomalainan verotuksellista käsittelyä tapauskohtaisesti. Selkeyden kannalta olisi hyvä olla erikseen laissa pääomalainan verotuksellinen käsittely. Vakautetut lainat on aikaisemman oikeuskäytännön mukaan pääsääntöisesti tulkittu lainoiksi, silloin kun niiden ehdot ovat vastanneet pääpiirteissään nykyisen pääomalainan tunnusmerkkejä.³⁵ Pääomalainan yhteys vakautettuun lainaan ei ole kuitenkaan aivan selkeä, sillä pääomalaina katsotaan oman pääoman eräksi myös yhtiön normaalina toiminta-

³² Verohallituksen yritysverotustiedote 4.9.1997, tiedote 5/1997 s. 1

Samoin Immonen 2 s. 122 katsoo, ettei pääomalainan käsittely oman pääoman erityisenä eränä estä pitämästä sitä verotuksessa velkana, sillä pääomalaina on perusluonteeltaan velkaa. Se on erikoisehtoista velkaa, jossa velkojan asemaa on huononnettu. Mannio s. 195-196 on pohtinut pääomalainan määrittelyvaihtoehtojen edullisuutta.

³³ Osakeyhtiölain ja kirjanpitolain muutokset -kurssi, Helsinki 26.8-27.8.1997, Sami Laaksonen

³⁴ Tämän näkemyksen kannalla on muun muassa Immonen 2 s. 123.

³⁵ Katso Immonen 2 s. 122 ja KHO:n tapaukset 29.9.1995 T 3932-3933. Tapauksia on myös käsitelty Haapaniemi s. 183. Villan s. 226 mukaan vakautettu laina on lähtökohtaisesti velvoiteoikeudellinen oikeussuhde eli saatava, jolloin vakautetun lainankin osalta on kyseessä velkasuhde. Villa s. 227-229 on kommentoinut myös Ruotsin osalta vakautetun lainan (aktieägartillskott) käyttöä. Malmgrén s. 208-214 on esitellyt pääomalainan verotuksellista käsittelyä Suomessa ruotsalaisille. Estberg s. 215-216 on

aikana. Koska nimenomaisia säännöksiä pääomalainan verotuksellisesta kohtelusta ei ole, niin koron maksua osingoksi luokiteltaessa ei esimerkiksi tällä hetkellä yhtiöveron hyvityslaissa ole säännöksiä pääomalainalle maksettavan korvauksen käsittelystä, mitä Immonen³⁶ pitää epäkohtana. Samoin maksun erottelu pääoma- ja ansiotuloksi olisi ongelmallista. Verotuskohtelun tulisi lisäksi olla neutraali lainaajan ja lainan ottajan osalta. Pääomalainan kirjanpidollinen käsittely ei sekään ole vielä täysin muotoutunut.

Alikapitalisointisäännöksiä ajatellen pääomalaina tulkittaisiin siis vieraaksi pääomaksi, jolloin tästä suoritettavat erät olisivat korkoa³⁷ ja vähennyskelpoisuus riippuisi muiden edellytysten täyttymisestä. Alikapitalisointisäännöksiä ajatellen pääomalaina olisi lähtökohtaisesti siis vierasta pääomaa.

Isossa-Britanniassa pääomalaina katsotaan lainaksi silloin, kun laina on heikoimmalla etusijajärjestyksellä lainaajien joukosta, paitsi jos korvaus riippuu yhtiön tuloksesta.³⁸

3.3 Etuosakkeen ja äänioikeudettomien osakkeiden käsittely alikapitalisointitilanteissa

Uusi osakeyhtiölaki toi mukanaan Suomeenkin säännökset etuosakkeesta. OYL 3 luvun 1a §:n³⁹ mukaan etuosake antaa omistajalleen äänioikeuden vain tietyissä

puolestaan kommentoinut tilannetta, jossa ruotsalainen yhtiö sijoittaa pääomalainan suomalaiseen yhtiöön.

³⁶ Immonen 2 s. 123.

³⁷ Pääomalainan korko voi olla sidottu yhtiön toiminnan tuloksellisuuteen tai laajuuteen.

Katso myös VH:n yritysverotiedote 5/1997 s. 2, jonka mukaan yhtiöllä ollessa vapaata omaa pääomaa, niin korko kirjataan kuluksi pääsäännön mukaan ajan kulumisen perusteella. Jos vapaata pääomaa ei sen sijaan ole, korko on vasta sen verovuoden kulu, jolta se vapaan oman pääoman puitteissa pystytään suorittamaan. Samoin koron määrän suhteen on oltava tarkkana, etteivät VML 29 §:n peiteltyä osingonjakoa koskevat säännökset soveltuisi.

³⁸ Tiley s. 309

³⁹ OYL 3 luku 1a § 2 mom. on seuraavanlainen: Yhtiöjärjestyksessä voidaan määrätä, että yhtiössä on tai voi olla 1 momentissa tarkoitettujen osakkeiden lisäksi osakkeita, jotka tuottavat äänioikeuden vain tietyissä yhtiökokouksessa käsiteltävissä asioissa (etuosake). Etuosakkeeseen on liityttävä

asioissa, ja siihen liittyy erityinen taloudellinen etuus. Äänioikeuden rajoituksista samoin kuin erityisestä taloudellisesta etuudesta⁴⁰ on oltava määräykset yhtiöjärjestyksessä. Etuosakkeen todellinen taloudellinen luonne on helpommin havaittavissa kuin pääomalainan.

Verotuksessa etuosake luokitellaan omaksi pääomaksi, sillä se perustuu osakkaan tekemään osakesijoitukseen.⁴¹ Osakepääoman luonteisuutta korostaa se, että jako-osaton etuoikeus voi tuottaa laajan äänioikeuden tilanteissa, joissa etuudelle ei ole maksettu hyvitystä kahdeksan kuukauden kuluessa tilikauden päättymisestä. Tällöin osakkeenomistajalle syntyy yleinen äänioikeus kaikissa yhtiökokouksessa käsiteltävissä asioissa. Muutoin voidaan ajatella, että jako-osaton etuoikeus käyttäytyy lainan tavoin.⁴² Lisäksi etuosakkeeseen sovelletaan OYL 8 luvun 14 §:n ja 9 luvun 16 §:n yleislausekkeita ja 9 luvun 17 §:n moiteoikeutta, jotka suojaavat osakkeenomistajan oikeuksia. Maksettaessa etuutta etuosakkeelle silloin, kun etuus on osinkoon liittyvä, niin yhtiöveron hyvityslaki soveltuu.⁴³

Verolainsäädännössämme ei toistaiseksi ole erityissäännöstä etuosakkeen verokohtelusta, mutta jos pääomalainan osalta aiotaan laki säätää, niin samalla on syytä ottaa mukaan etuosake ja optiolaina. Immonen⁴⁴ on käsitellyt artikkelissaan etuosakkeeseen liittyviä verotuksellisia ongelmakohtia etuosakkeen matemaattisen

yhtiöjärjestyksessä määrätty erityinen taloudellinen etuus jaettaessa yhtiön varoja verrattuna 1 momentissa tarkoitettuihin osakkeisiin.

⁴⁰ Erityinen taloudellinen etuus voi olla osinkoon liittyvä tai esimerkiksi yhtiön purkautuessa, osakkeita lunastettaessa tai osakepääomaa alennettaessa varoihin liittyvä. Etuus voi olla joko jako-osaton tai jako-osainen. Jako-osattomasta etuudesta on kysymys silloin, kun etuutta ei ole määritelty perustuen yhtiön voitonjakoon tai tulokseen. Jako-osaton etuus on määritelty jonkin ulkopuolisen elementin varaan, vaikkapa 100 mk osaketta kohden riippumatta yhtiön tuloksesta. Jako-osainen etuus on puolestaan kyseessä silloin, kun se on määritelty suhteessa tilikaudelta jaettavaan voittoon.

⁴¹ Katso VH:n yritysverotiedote 5/1997 s. 3 ja Immonen 1 s. 38, joka käyttää sanamuotoa *tullee* verottaa osinkona.

Katso myös Keinonen 2 s. 239-240 määräaikaisten osakkeiden (redeemable preference shares) käsittelyn osalta, jossa pohditaan rajanvetoa oman ja vieraan pääoman tulkitsemisen välillä.

⁴² Immonen 1 s. 38.

⁴³ Katso VH:n yritysverotiedote 5/1997 s. 4.

⁴⁴ Immonen 1 s. 38-39 katsoo, että etuosakkeen osalta osingon verottaminen joko ansio- tai pääomatulona saattaa muodostua ongelmalliseksi osakkeen matemaattisen arvon määrittelyn osalta, sillä säännöksiä ei vielä ole laskentaperusteista. Etuosakkeen lunastamisen osalta tulee miettiä myös VML 29 § 2 momentin soveltuvuus, ja myös varallisuuden siirtymistä yhtiöstä lähipiirille tulisi valvoa.

arvon määrittelystä ja etuosakkeen tuottaman taloudellisen etuuden sisällöstä. Alikapitalisointitilanteita ajatellen tulee näin ollen lähteä siitä, että etuosakkeet ovat omaan pääomaan kuuluvia suorituksia suhdelukua laskettaessa.

Ison-Britannian osalta etuosakkeet eli preference shares oikeuttavat normaaliin osinkoon vain, jos yhtiöllä on voittovaroja, joista on mahdollista jakaa osinkoa. Silloin kun yhtiöllä on voittovaroja, niin etuosakkeiden omistajat saavat määrätyn osuutensa ennen muita osakkeenomistajia.⁴⁵ Yhtiön purkautumisen yhteydessä jaettaessa sieltä varallisuutta etuosakkeilla voi olla oikeus jako-osaan ennen muita osakkeenomistajia, mutta kaikkien velkojien jälkeen. Yhtiöllä ei voi olla etuosakkeita ilman, että sillä olisi myös tavallisia osakkeita.

Verotuksellisesti etuosakkeille jaettua korvausta käsitellään osinkona. Tällöin muiden osinkojen tavoin myös etuosakkeista maksettava korvaus velvoittaa yhtiön maksamaan ACT:n (advance corporation tax). Etuosakkeeseen liittyvistä ehdoista riippuu se, miten halukkaita sijoittavat ovat merkitsemään etuosakkeita. Yleensä etuosakkeisiin liittyy suurempi riski kuin velkaan, sillä velkojat ovat etuoikeusjärjestyksessä osakkeenomistajia ennen. Tällöin etuosakkeille maksettava korvaus on Isossa-Britanniassakin yleensä lainalle maksettavaa korkoa suurempi. Koron osalta liiallinen korko voidaan erityissäännöksen⁴⁶ nojalla katsoa osingonjaoksi, mutta etuosakkeen osalta maksettavasta korvauksesta eli osingosta menee joka tapauksessa ACT. Etuosakkeen omistaja voi kuitata ACT:n maksuvelvollisuutta sillä, jos etuosakkeiden osalta muutoin tulisi palautusta.⁴⁷ Alikapitalisointitilanteita ajatellen etuosakkeita käsitellään Isossa-Britanniassa omana pääomana, tosin Isolla-Britannialla ei ole mitään vieraan ja oman pääoman suhdelukua, joka automaattisesti osoittaisi yrityksen olevan alikapitalisoitu.

⁴⁵ Katso Tiley s. 310, jossa todetaan myös, että luonteeltaan etuosakkeet ovat tavallisten lainaajien ja tavallisten osakkeenomistajien välimaastossa.

⁴⁶ Katso Blumenthal s. 48, section 209(2)(d) laista.

⁴⁷ Tiley s. 310, ACT:n osalta kuittausmahdollisuuksista enemmän Fairley & Fleming s. 750.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

USA:ssa samoin etuosakkeita käsitellään verotuksessa omana pääomana, jolloin alikapitalisointitilanteissa etuosakkeet lisäävät todennäköisyyttä, että yrityksen ei katsota olevan alikapitalisoitu. Earnings stripping -säännösten osalta samoin etuosakkeet auttavat yritystä vastaavassa tilanteessa.

3.4 Ikuisten lainojen käsittely alikapitalisointitilanteissa

Ikuisten lainojen eli perpetuaalien käsittely alikapitalisointitilanteissa muodostaa mielenkiintoisen kysymyksen. Ikuisiin lainoihin saattaa toisinaan liittyä piirteitä, jotka vetävät sen lähemmäksi omaa pääomaa. Lainan ja osakepääoman välistä rajaa tarkastellaan lähtien velkakirjakonstruktioista vertaamalla näiden instrumenttien ehtoja velkasuhteen tunnusmerkkeihin.⁴⁸ Ikuinen laina on yleensä katsottu Suomen vero-oikeudessa lainaksi, jolloin siitä maksettava korko on vähennyskelpoinen. KVL:n ennakkotiedossa 1993/170 on katsottu, että pääomatodistuksen tyyppiselle lainalle maksettu korko on TVL 9 § 2 momentissa tarkoitettua korkoa, josta rajoitettusti verovelvollinen ei ole verovelvollinen Suomessa. Perusteluina pääomatodistuksen velan luonteisuutena on mainittu se, ettei lainan merkitsijällä ollut äänioikeutta yhtiökokouksessa, lainatodistusta ei voinut vaihtaa liikkeellelaskijan osakkeisiin ja lainalla on ollut ulkopuolinen takaus. Vaikka lainan liikkeellelaskija on kirjannut pääomatodistuksen sidottuun pääomaan, niin kokonaistarkastelu on johtanut suorituksen katsomisen koroksi.⁴⁹

Ikuisella lainalla voi myös olla piirteitä, jotka vievät sen lähemmäksi omaa pääomaa, ja tällöin alikapitalisointitilanteita varten on tutkittava tapauskohtaisesti omaan vai vieraaseen pääomaan kuulumisen, vaikka kotimaisissa lainajärjestelyissä oman pääoman vähäisyyteen ei tarvitsisikaan kiinnittää huomiota. Luokittelulla on kuitenkin

⁴⁸ Keinonen 2 s. 240, jossa on myös kerrottu ikuisten lainojen käyttämisestä Suomessa. Velkakirjalaki ei määrää laina-ajan pituutta, ja pankit ovatkin laskeneet liikkeelle ikuisiin lainoihin verrattavia vastuudebentureja ja pääomatodistuksia oman pääoman rakenteen parantamiseksi. Lainat on kirjattu pankin sidottuun pääomaan oman pääoman erilliseksi eräksi.

⁴⁹ Katso tapauksen tulkintaa myös Keinonen 2 s. 241 sekä Mannio s. 183. Vastaavanlainen tapaus on ollut myös KVL:n ennakkotieto 1994/202, jossa pankin debentuurilainoille ja pääomatodistuksille

vaikutuksensa esimerkiksi matemaattisen arvon laskentaan. Ikuinen laina on lähellä omaa pääomaa silloin, kun lainalla on jako-osuus yhtiön varallisuuteen, laina voidaan vaihtaa yhtiön osakkeisiin tai korko määräytyy voitto-osuutena yhtiön tuloksesta.⁵⁰ Jos lainausjärjestely tehdään ulkopuolisen tahon kanssa, eikä lainaan liity voitto-osuuspiirteitä, ikuinen laina on tällöin tulkittava vieraaksi pääomaksi. Jos yhtiökokous määrää lainalle koron esimerkiksi vuosittain markkinakorosta riippumatta, ja laina otetaan osakkeenomistajilta näiden suhteessa, on tällöin helpompi tulkita laina oman pääoman sijoitukseksi. Tapauskohtainen tarkastelu on kuitenkin ratkaisevaa.⁵¹

Alikapitalisointitilanteissa ikuisten lainojen osalta olisi Suomessakin tutkittava tapaus tapaukselta viittaavatko lainan ehdot enemmän oman pääoman sijoitukseen, jolloin niistä maksettavat suoritukset ovat osinkoa. Koron maksuhan olisi ollut yhtiölle vähennyskelpoinen. Yhtiöveron hyvityksen myöntäminenkään ei ilmeisesti tule kyseeseen, ja Suomi on muutoinkin luopumassa verosopimuksissa yhtiöveron hyvityksen myöntämisestä.⁵² Ikuisten lainojen osalta alikapitalisointitilanteissa olisi hyvä olla verohallituksen antamat ohjeet siitä, milloin laina voitaisiin tulkita omaksi pääomaksi. Säännökset eivät olisi sitovia kaikilta osin, mutta joka tapauksessa ne olisivat suuntaa antavia. Verovelvollinen voisi kuitenkin halutessaan pyytää sitovan ennakkotiedon asiasta.

USA:ssa ikuisten lainojen osalta on selkeä säännös, jonka mukaan laina voidaan tulkita omaksi pääomaksi. Sen mukaan vieraana pääomana ei pidetä (disqualified debt instrument) sellaista lainaa, jonka lainan erääntymispäivä on yli 40 vuotta. Saman säännöksen alla on myös lainat, joiden pääoma tai korko voidaan maksaa lainan

maksamia korkoja pidettiin myös verotuksessa korkoina (myös Mannio s. 183-184 ja Keinonen s. 240).

⁵⁰ Katso Keinonen s. 241, jossa on myös pohdittu yhtiöveron hyvitysjärjestelmän soveltuvuutta silloin, kun ikuinen laina katsotaan omaksi pääomaksi ja maksettu suoritus koroksi. Tällöin ei ilmeisesti yhtiöveron hyvityslaki sovellu. Yhtiön ja sen enemmistöosakkaiden välisissä järjestelyissä saattaa tulla kyseeseen jopa veronkiertosäännös tai kansainvälinen peitelty voitonsiirto.

⁵¹ Katso Mannio s. 184.

⁵² Aiemmin yhtiöveron hyvityksen pystyi saamaan Isoon-Britanniaan ja Pohjois-Irlantiin maksettujen osinkojen osalta, mutta vuoden 1998 alusta tämä mahdollisuus on poistettu. Katso hallituksen esityksen perustelut yksityiskohtaisten perustelujen IV artiklan kohdalta.

antajan tai siihen etuyhteydessä olevan yrityksen osakkeilla.⁵³ Suomenkin osalta voitaisiin harkita verosäännöksiin vastaavanlaisen säännöksen ottamista, mutta ongelmana voi olla liiallinen kaavamaisuus. Tällaiset säännökset on yleensä melko helposti kierrettävissä.

Isossa-Britanniassakin on ikuisten lainojen (perpetual debt tai equity note) osalta törmätty tulkintatilanteisiin omaan pääomaan tulkitsemisen osalta. Ison-Britannian ja USA:n verosopimus aiheutti aikaisemmin epäsymmetriaa ja veronkiertomahdollisuuden ikuisten lainojen osalta. Tällöin yritys lainasi rahaa USA:ssa, jolloin korko oli vähennyskelpoinen. Tämän jälkeen rahat siirrettiin isobritannialaiselle etuyhteydessä olevalle yritykselle velkana. Lopuksi raha palautui USA:aan koron maksun muodossa, jolloin ei myöskään peritty lähdeveroa. Säännöstä on nyt muutettu siten, että etuyhteydessä olevien yritysten välillä liikkeelle laskettavista ikuisista lainoista maksettavat suoritukset ovat osinkoa. Ikuinen laina on kyseessä, kun lainan todellinen eräpäivä on yli 50 vuotta lainan liikkeelle laskusta. Etuyhteys syntyy, kun toinen yritys on toiselle 75 %:n tytäryhtiö tai kun molemmat ovat 75 %:n tytäryhtiöitä jollekin kolmannelle osapuolelle.⁵⁴ Lisäksi Isossa-Britanniassa on erityissäännös⁵⁵, jonka mukaan korko voidaan luokitella osingoksi, kun lainalle ei ole asetettu mitään takaisinmaksupäivää tai kun laina erääntyy yli 50 vuoden päästä maksettavaksi ja lainat on annettu intressiyritysten välillä. Veroviranomaisten mielestä sellainen laina, jolle ei ole määrätty takaisinmaksupäivää, on luonteeltaan pikemminkin oman pääoman suoritus kuin laina.

⁵³ Kempler s. 53

⁵⁴ Katso tarkemmin Blumenthal s. 48-49 ja Tiley s. 310-311.

⁵⁵ Katso Fairley & Fleming s. 758, section 209(e)(vii) ICTA 1988.

3.5 Voitto-osuuslainojen käsittely alikapitalisointitilanteissa

Voitto-osuuslainat voivat joskus olla rakennettu enemmän omaa pääomaa muistuttaviksi. Tällöin on myös alikapitalisointitilanteita varten tutkittava voitto-osuuslainan todellinen luonne.⁵⁶

Voitto-osuuslaina on laina, jonka korko on sidottu yhtiön tulokseen tai osinkoon. Voidaan ajatella, että laina on enemmän oman pääoman luonteinen, jos lainalle maksetaan korvausta yksinomaan yhtiön tuloksellisuuden perusteella. Jos laina katsotaan omaksi pääomaksi ja siitä maksettava suoritus osingoksi, voi jälleen yhtiöveron hyvittäminen olla kyseenalaista.⁵⁷ Lainan korko ei yleensä saisi olla riippuvainen yrityksen tuloksesta tai kannattavuudesta. Lainalle takaisin maksettavan pääoman määrä ei myöskään saisi olla riippuvainen yhtiön osakkeiden arvon kehityksestä. Velkojanhan ei pitäisi olla osallisena yrityksen riskiin, jolloin yhtiön heikko menestyminen näkyisi velkojan saamassa korvauksessa.⁵⁸

EVL 18 § 1 momentin 2 kohdan mukaan korko on vähennyskelpoinen myös silloin, kun se perustuu liikkeen tulokseen. Tästä voi saada sellaisen käsityksen, että voitto-osuuslainalle maksettu korko on aina verotuksellisesti korkoa, jos koron määräytymisperuste on yhtiön vuosittainen tulos. Mannion⁵⁹ mukaan voitaneen kuitenkin katsoa, että voitto-osuusperusteisen koron määräytyminen yhdessä muiden tekijöiden kanssa voisi olla siirtämässä velkaa verotuksellisesti oman pääoman puolelle. Alikapitalisointitilanteita ajatellen tulkinta onkin syytä tehdä kokonaisarvion pohjalta, jolloin koron määräytyminen yhtiön tulokseen perustuen voitaisiin katsoa

⁵⁶ Espanjassa on voitto-osuuslainojen (participative loans) osalta todettu, että ne on otettava huomioon uusissa alikapitalisointisäännöksissä, Albós s. 276-277.

⁵⁷ Keinonen s. 241-242 on pohtinut voitto-osuuslainojen osalta ylisuuren koron maksamisen aiheuttamaa mahdollisuutta tulkita suoritus peiteltyksi osingonjaoksi. Keinosen mukaan peitelty osingonjako tulee kyseeseen vain, kun kyseessä on osakkeenomistaja lainanantajana, ja hän samalla kritisoi Villan näkemystä peiteltyksi osingonjaoksi tulkitsemista (VerL 57 §, nykyisin VML 29 §) ilman lainan todelliseen korkotasoon kantaa ottamatta. Keinosen kannalle on asettunut myös Mannio s. 185. Korkotaso tulisikin ottaa huomioon ennen kuin peitellyn osingonjaon säännöksiä aletaan soveltaa.

⁵⁸ Mannio s. 185

⁵⁹ Mannio s. 186

vievän lainan omaksi pääomaksi, ja siitä maksettu korko tulkittaisiin osingoksi. Voittosidonnainen korko on siis EVL:n mukaan vähennyskelpoinen, mutta kokonaisarvion kannalta sillä voi olla suurikin merkitys tulkittaessa suorituksen luonnetta.

Isossa-Britanniassa ei ole erikseen säännöksiä lainan katsomisesta osingoksi, vaan siellä on otettu lakiin säännökset tilanteista, jolloin korko voidaan tulkita osingoksi. Jos lainalle maksetaan korkoa, joka on kokonaisuudessaan riippuvainen yhtiön tuloksesta, katsotaan korko tällöin osingoksi. Jos kuitenkin korko maksetaan yritykselle, joka on velvollinen suorittamaan tästä korosta yhtiöveroa, ei suoritusta tulkita osingoksi.⁶⁰ Käytännössä korko katsotaan osingoksi vain, kun se maksetaan ulkomaalaiselle, joka ei ole verovelvollinen tulostaan Isossa-Britanniassa.

USA:ssa voitto-osuuslainojen osalta pyritään hahmottamaan rahoituksen todellinen luonne, jonka mukaan se voidaan jakaa omaan tai vieraaseen pääomaan. Kriteereinä on mainittu oikeuskäytännössä muun muassa korkoprosentti ja mahdollisuus osallistua yhtiön voittoon (kriteerejä enemmän kappaleessa hybridimuotoinen rahoitus).

3.6 Vaihtovelkakirjalainat alikapitalisointitilanteissa

Vaihtovelkakirjalaina on laina, jonka haltija voi lainaehtojen mukaisesti laina-ajan umpeuduttua joko vaatia velkakirjan lunastusta tai vaihtaa velkakirjat ehtojen mukaan tiettyinä hetkenä yhtiön osakkeisiin.⁶¹ Aikaisemmin optiojärjestelyt oli Suomessa sidottu lainaan, mutta uuden osakeyhtiölain mukaan näin ei enää ole.⁶²

⁶⁰ Blumenthal s. 48

⁶¹ Tarkemmin vaihtovelkakirjalainan määrittelyyn voi tutustua Haapaniemi s. 176-179. Katso myös Leppiniemi & Puttonen s. 173 vaihtovelkakirjalainan määrittelyn osalta. Sivuilla 172-176 on käsitelty yleisimmin esiintyviä välirahoituksen muotoja (hybridimuotoinen rahoitus), joita ovat vaihtovelkakirjalainan lisäksi optiolaina, pääomalaina ja etuosake.

⁶² Optio-oikeudesta ja siihen liittyvästä verotuksellisesta käsittelystä TVL:n ja EVL:n mukaan katso muun muassa VH:n yritysverotiedote 5/1997 s. 5 tai Immonen 1 s. 40.

Vaihtovelkakirjaan liittyvä vaihto-oikeus yhtiön osakkeisiin tai mahdollinen osakeoptio mahdollistaa velkakirjan haltijan pääsyn osalliseksi osakkeiden arvonnoususta. Tällöin velkakirjaan liittyvä vaihto- tai optio-oikeus voi viedä sen lähelle osakepääomaa.⁶³ Kuitenkin tapauksessa KHO 1993 T 3948 vaihtovelkakirjan haltijan mahdollisuus päästä osalliseksi yhtiön arvonnoususta ei vienyt koron vähennysoikeutta yhtiöltä. Osakkeisiin vaihtamisen jälkeen tilanne on luonnollisesti toinen. Mannion⁶⁴ mielestä ei ole syytä luokitella kaikkia voittosidonnaisia instrumentteja automaattisesti omaksi pääomaksi, sillä silloin jouduttaisiin liian monimutkaiseen sääntelyyn. Tällöin vaihtovelkakirjojen osalta koron vähennysoikeus olisi epävarmaa niin kauan kuin vaihto-oikeutta olisi jäljellä. Yleisesti ottaen voidaan sanoa, että vaihtovelkakirjan velan luonteisuus säilyy niin kauan kuin vaihto-oikeutta ei ole käytetty. Muilla perustein vaihtovelkakirjalaina voidaan edelleen kuitenkin katsoa omaksi pääomaksi. Alikapitalisointitilanteita ajatellen tulisi erilaiset vaihtovelkakirjalainajärjestelyt tutkia, jottei oman pääoman suoritus ole peiteltynä velkapääomaksi.

Mannio⁶⁵ on ulkomaisen vertailun pohjalta todennut, että velkana pidettäisiin ainakin vaihtovelkakirjaa, joka on laskettu liikkeelle avoimilla pääomamarkkinoilla. Samoin silloin, kun oikeus merkitä vaihtovelkakirjaa annetaan pääasiallisesti muille kuin osakkeenomistajille, jolloin mahdollisuus siirtää yhtiöstä tulosta osakkeenomistajille on vähäinen. Osakepääomaksi katsomisen todennäköisyyttä lisää se, että vaihtovelkakirjoja on voinut merkitä osakeomistuksen suhteessa, mutta tämäkään ei voi olla yksinomaisena kriteerinä osakepääomaksi luokittelemisessa. Verotuksessa vaihtovelkakirjaa luokiteltaessa omaan tai vieraaseen pääomaan tulisi ottaa laajasti huomioon velkasuhteen ominaisuudet. Yleisten kriteerien avulla tutkitaan ensin velan olemassaolo, jolloin voidaan tulkinta-apua hakea veronkierto ja peiteltäviä osingonjakoa koskevista säännöksistä. Jos vaihtovelkakirja todetaan velaksi, niin korko on myös mahdollista vähentää yleisten säännösten puitteissa.

⁶³ Mannio s. 185 ja s. 209

⁶⁴ Mannio s. 185-186

⁶⁵ Mannio s. 218-219

Isossa-Britanniassa vaihtovelkakirjalainasta maksettu suoritus voidaan tulkita koron sijasta osingonjaoksi tietyissä tilanteissa. Jos vaihtovelkakirjaa (convertible security) ei ole noteerattu arvopaperipörssissä tai muutoin niitä vastaavin ehdoin muualla, katsotaan vaihtovelkakirjalainalle maksettu korko osingoksi. Säännös ei kuitenkaan sovellu, jos suorituksen saaja on velvollinen maksamaan siitä veroa Isossa-Britanniassa.⁶⁶ Vaihtovelkakirjaa sinänsä käsitellään aina lainana.⁶⁷

USA:ssa vaihtovelkakirjan käyttö sinänsä ei ole merkki instrumentin oman pääoman luonteisuudesta, vaan tapauskohtaisesti on taas puntaroitava eri osatekijöitä velan ja oman pääoman suhteen. Vaihtovelkakirjalaina voidaan kuitenkin katsoa omaksi pääomaksi tietyissä tapauksissa. DEC -instrumentti (dividend enhanced certificate) on vaihtovelkakirjalaina, jossa sen haltijalla on oikeus vaihtaa tietyinä hetkenä velka yhtiön osakkeisiin. Säännöllisen koron lisäksi instrumentille maksetaan lisäkorvausta, joka on riippuvainen yhtiön tuloksesta. Tällöin vaihtovelkakirja katsotaan omaksi pääomaksi, ja siitä maksettu suoritus on näin ollen osinkoa.⁶⁸ Jos vaihtovelkakirja on kuitenkin mahdollista lunastaa rahana, niin verotuksellinen tulkinta ei olekaan niin selkeä.

IRS on tehnyt joitakin poikkeuksia koskien osakkeiksi vaihdettavia vaihtovelkakirjalainoja. Yhtiö oli laskenut liikkeelle vaihtovelkakirjalainan, jossa lunastus tapahtui osakkeina, mutta lunastushinta oli ennalta määrätty. Rahoittajien oli myös vaihtoehtoisesti mahdollista myydä osakkeet, ja saada suoritus rahana osakkeiden sijaan. IRS katsoi kyseisen vaihtovelkakirjainstrumentin velaksi perustuen siihen, että merkitsijöiden saama summa oli ennalta määrätty. Ratkaisua voidaan pitää instrumentin todellisen luonteen mukaisena. Myöhemmin IRS on tarkentanut vielä

⁶⁶ Blumenthal s. 48, jossa kyseistä säännöstä on selitetty vielä tarkemmin. Korko voidaan sen mukaan tulkita jossain tapauksessa velan suoritukseksi. Katso myös s. 49 vaihtovelkakirjan vaihtamisen osakkeiksi verokohtelusta. Yleensä ei tällöin muodostu verotettavaa tuloa, mutta tähänkin on muutama poikkeus. Jos sen sijaan vaihto-oikeus on koskenut jonkin toisen yhtiön osakkeita, niin vaihtovelkakirjan haltijalle muodostuu normaalisti voittoa.

⁶⁷ Tiley s. 307, joka on käsitellyt s. 307-309 vaihtovelkakirjojen verotuksellisia ongelmia Isossa-Britanniassa.

yllä esitetyn kaltaista tilannetta; Jos merkitsijällä on osakkeisiin nähden osakkeenomistajan riski, katsotaan vaihtovelkakirja alusta lähtien omaksi pääomaksi. Samoin jos oikeus saada lunastus rahassa on vain näennäinen, niin myös tällöin instrumentti luokitellaan omaan pääomaan kuuluvaksi.⁶⁹ USA:n osalta ei voida varmasti sanoa vaihtovelkakirjainstrumentin verotuksellista tulkintaa, sillä arvostelu tapahtuu tapauskohtaisesti kokonaisarvioinnin pohjalta. Jos vaihtovelkakirjan ehtoja muutetaan merkittävästi, niin sen verotuksellinen kohtelu saattaa muuttua.⁷⁰

⁶⁸ Kempler s. 52

⁶⁹ Katso myös Kempler s. 53, jossa on kuvailtu esimerkillä vaihtovelkakirjainstrumenttia, joka ehtojensa mukaisesti oli mahdollista saada rahana takaisin, mutta mikä ei käytännössä ollut todennäköistä. Tällöin instrumentti katsottiin omaksi pääomaksi. Samoin edeltävässä kappaleessa on selvitetty vaihtovelkakirjan koron maksamisen osalta vähennysoikeuden ajankohtaa. Sivuilla 54-55 Kempler esittelee osakkeeksi vaihtamisen veroseuraamuksia. Yleisesti ottaen vaihtaminen voi merkitsijän osalta tapahtua ilman verovaikutuksia, sillä realisoinnin ei katsota vielä tapahtuvan, paitsi jos merkinnän kohteena on jonkin muun yhtiön osakkeita.

⁷⁰ Kempler s. 55-56, jossa IRS oli muuttanut instrumentin verotuksellista käsittelyä siinä tapahtuneiden muutosten johdosta. Korkein oikeus (The Supreme Court) ei kuitenkaan hyväksynyt IRS:n menettelyä, sillä IRS ei ollut julkaissut mitään määräyksiä sen johdosta, jos instrumentin ehdot muuttuvat. Tämän jälkeen IRS on määritellyt vastaavanlaisiin tapauksiin menettelysäännökset, joita sinänsä sovelletaan sitovina.

4. Oman ja vieraan pääoman suhde perusongelmana alikapitalisointitilanteissa

Alikapitalisointitilanne aiheutuu pohjimmiltaan koron ja osingon erilaisista verokohteluista. Maksettu korko on yleensä maksajalle vähennyskelpoinen meno, kun taas osingoista yhtiö joutuu maksamaan yhtiöveroa. Osingosta menevä lähdevero on koron lähdevero suurempi, jolloin houkutus muuntaa oman pääoman sijoitus vieraaksi pääomaksi kasvaa entisestään.⁷¹ Konsernin verojen kokonaismäärän minimoimiseksi on usein järkevää rahoittaa muita yhtiöitä lainarahalla. Tällöin voidaan ajatella järjestelyn olevan keinotekoinen, eikä vastaavan todellisia riippumattomien osapuolten tarkoituksia ja markkinaehtoperiaatetta. Alikapitalisointisäännöksiä tarkoituksena onkin juuri puuttua liiallisen vieraan pääoman määrän johdosta vaadittaviin korkovähennyksiin, silloin kun korkotulot jäävät kyseisessä valtiossa verottamatta. Useimmiten korot maksetaan maan rajojen ulkopuolelle. Alikapitalisointisäännöksissä ensiarvoisen tärkeää onkin löytää rajat hyväksyttävälle vieraan pääoman määrälle yrityksissä, jolloin joudutaan monien vaikeiden ratkaisujen eteen hyvän järjestelmän löytämiseksi. Lopulliset säännökset ovat useimmiten tai aina kompromissi eri vaihtoehtojen väliltä. Ongelmia aiheuttavat oman ja vieraan pääoman erien löytäminen, jolloin edellisessä luvussa hybridi-instrumenttien osalta joudutaan aina ratkaisemaan, kuuluuko se omaan vai vieraaseen pääomaan. Rahoituksen osalta saatetaan tehdä monimutkaisia kierto-operaatioita, joiden selvittäminen veroviranomaisten rajallisilla resursseilla on toisinaan mahdotonta.

⁷¹ Joskus ongelma voi kuitenkin olla päinvastainen, jolloin osingonjaon verokohtelu on kokonaisuudessaan koron verokohtelua edullisempaa. Katso Belgian osalta Wyntin s. 360, jonka mukaan "ylikapitalisointitilanne" eli fat capitalization johtuu ennen kaikkea korkeasta yhtiöverokannasta.

4.1 Oma pääoma käsitteenä ja siihen kuuluvat erät

Alikapitalisointisäännöksiä ajatellen on tärkeää tietää, milloin jotakin erää pidetään joko omaan pääomaan tai vieraaseen pääomaan kuuluvana. Verovelvollisten olisi hyvä tietää ennakolta, miten säännöksiä tulkitaan heidän kannaltaan. Lähtökohtana voisi olla yhtiön taseen mukaiset erät, mutta joitakin tarkennuksia olisi mahdollista tehdä. Poikkeuksista tulisi antaa selkeä ohjeistus esimerkiksi verohallitukselta. Veronkiertotarkoituksessa ja keinotekoisissa järjestelyissä voidaan luonnollisesti poiketa yllä esitetystä. Uusi kirjanpitolaki ja -asetus ovat tulleet voimaan 31.12.1997, ja tällöin on tehty joitakin muutoksia tasekaavoihin oman ja vieraan pääoman erien osalta. Aikaisemman kirjanpitoasetuksen⁷² mukaan omaan pääomaan luettiin osake-, osuus- ja muu niitä vastaava pääoma, muu pääoma, edellisten tilikausien voitto/ylijäämä sekä tilikauden voitto/ylijäämä. Tällä hetkellä voimassa olevan kirjanpitoasetuksen mukaan omaan pääomaan luetaan osake-, osuus, tai muu vastaava pääoma, edellisten tilikausien voitto ja tilikauden voitto kuten aikaisemmankin asetuksen mukaankin. Muutoksena aikaisempaan on lisäksi mukana ylikurssirahasto, arvonorotusrahasto sekä muut rahastot, johon kuuluu omien osakkeiden tai osuuksien rahasto, vararahasto, yhtiöjärjestyksen tai sääntöjen mukaiset rahastot sekä muut rahastot. Faktisesti muutokset eivät ole merkittäviä, sillä aikaisemmin esimerkiksi ylikurssirahasto on luettu mukaan omaan pääomaan. Alikapitalisointisäännöksissä voidaan lähtökohtana pitää sitä, että oma pääoma on taseen mukainen oma pääoma.

Isossa-Britanniassa kirjanpidollisen tuloksen ja verotettavan tuloksen välillä ei ole suoraa yhteyttä.⁷³ Alikapitalisointisäännöksetkään eivät näin ollen viittaa kirjanpidollisiin säännöksiin. Isossa-Britanniassa ei merkitystä muutoinkaan ole annettu säännöksissä merkitystä vieraan ja oman pääoman välisille suhteille, mutta

⁷² Kirjanpitoasetus 30.12.1992/1575

⁷³ Fairley & Fleming s. 748-749, jossa on esimerkkeinä mainittu, että luovutusvoittoa laskettaessa perustamiskustannusten vähentäminen lasketaan nimenomaisten verosäännösten mukaan, ja nämä säännökset eivät ole mitenkään yhteydessä kirjanpidolliseen sääntelyyn. Samoin poistojen ja kuoletusten verovähennyskelpoisuutta laskettaessa ainoastaan verosäännöksillä on merkitystä.

käytännössä oman pääoman vähäisyydellä on useimmissa tapauksissa merkitystä. Käytännön kokemusten mukaan veroviranomaiset katsovat yleensä omaksi pääomaksi seuraavat erät: tavallinen osakepääoma (ordinary share capital), määräaikaisten osakkeet⁷⁴ (redeemable preference shares) iältään yli 12 kuukautta, osakekurssirahasto (share premium account), pääomareservit (capital reserves), voittovarot (retained earnings), pääoman sijoitukset (capital contributions), korottomat lainat (interest free loans), käyttöomaisuuden arvot yli kirjanpitoarvon (any excess of fixed asset value over book value) ja lykätyt verovaraukset (deferred tax provisions). Ison-Britannian säännökset eivät tunne velan uudelleen luokittelua omaksi pääomaksi, vaan säännökset on rakennettu siten, että korko voidaan katsoa tietyissä tapauksissa osingoksi.

USA:ssa rahoitusinstrumenttien kohtelu saattaa olla erilaista vero- ja kirjanpitolakien suhteen. Jos kirjanpitolakien⁷⁵ mukaan on jokin erä tuloslaskelmalla katsottu lainaksi, mutta verolakien mukaan kyseinen erä tulisikin tulkita todellisen luonteensa mukaisesti oman pääoman ehtoiseksi suoritukseksi oikeustoimen tekohetkellä, on tällöin kirjanpidollisen tulkinnan väistytävä. Korjaus omaksi pääomaksi on tehtävä myös taseessa, jolloin vieraan pääoman määrä vähenee ja vastaavasti oma pääoma kasvaa taseen mukaan. Koron maksaminen tulkitaan verotuksessa osingonjaoksi.⁷⁶ Sen sijaan earnings stripping -säännösten⁷⁷ mukaan kirjanpitosäännöksiä perusteella määräytyy jonkin erän kuuluminen omaan pääomaan.⁷⁸ Kyseisten säännösten mukaan korkoa ei kuitenkaan katsota osingoksi, mutta koron vähennyskelpoisuus menetetään. Vähennyskelpoisuuden menettäminen ei aina ole lopullista.

Oman pääoman erien löytäminen on erityisen tärkeää, jos käytetään alikapitalisointitilanteissa suhdelukusäännöksiä, vaikka säännöksissä olisi

⁷⁴ Katso määräaikaisten osakkeiden määrittelystä Keinonen 2 s. 239-240.

⁷⁵ GAAP eli generally accepted accounting principles

⁷⁶ Engle & Raineri s. 776-777

⁷⁷ Engle & Raineri s. 789, Prop. Treas. Reg. §1.163(j)-3(c)

⁷⁸ Tikka, Marja s. 89 on selvitetty GAAPin periaatteita oman pääoman suhteen. USA:ssa GAAP edellyttää toimenpiteen todellisen luonteen arviointia ja ryhmittelyratkaisun tekemistä sen perusteella. Oma pääoma on se yrityksen varallisuusjäänös, joka jää jäljelle, kun velat on vähennetty. Omalla

suojasatamamahdollisuuskin. Tällöin jokin pieni erä voi kallistaa vaakakupin kriittiseksi liiallisen vieraan pääoman vuoksi. Lähtökohtana Suomen säännöksille tulisi olla taseen mukainen oma pääoma, josta voitaisiin tehdä tarkennuksia tulkintojen suhteen. USA:ssa ja Isossa-Britanniassa ei anneta painoa kirjanpidollisille ratkaisuille varsinaisissa alikapitalisointisäännöksissä, mutta toisaalta kummassakaan maassa ei ole käytössä suhdelukusäännöksiä lukuun ottamatta earnings stripping -säännöstöä. Tällöin kirjanpidollinen käsittely on perustana omaksi pääomaksi katsomiselle. Earnings stripping -säännöstö ei kuitenkaan luokittele velkaa omaksi pääomaksi missään tapauksessa. Toimenpiteen todellinen luonne on ratkaisevaa silloin, kun vieras pääoma katsotaan omaksi pääomaksi. Suomenkin osalta tulisi veroviranomaisilla olla mahdollisuus katsoa jokin erä tai rahoitusinstrumentti todellisen luonteensa mukaiseksi alikapitalisointitilanteissa. Edellä luvussa 3 on käsitelty erilaisten hybridi-instrumenttien osalta niihin liittyviä luokitteluongelmia. Tällöin täytyy rahoitusinstrumentin todellinen luonne selvittää, jolloin eri perusominaisuudet oman ja vieraan pääoman välillä ovat ratkaisevia. Mannio⁷⁹ on luokitellut kolme kriteeriä erottamaan lainaa ja osakepääomaa toisistaan. Näitä ovat pääoman pysyvyys, pääomalle tulevan korvauksen laatu sekä osallistuminen yrityksen päätöksentekoon.

4.1.1 Tappioiden ottaminen huomioon oman pääoman määrää laskettaessa

Muutamalla maalla on alikapitalisointisäännöksissä erikoissäännökset tappioiden osalta. Saksassa tappiot eivät vähennä oman pääoman määrää, jos ennen tappioita ollut oma pääoma palautuu kolmannen toimintavuoden loppuun mennessä ennalleen. Oma pääoma voi palautua joko osakkaiden tekemien sijoitusten kautta tai jättämällä voittovaroja käyttämättä. Kanadassa puolestaan tappioita ei huomioida alikapitalisointisäännöksissä niin kauan kuin yhtiö ei alenna osakepääomaansa tai pääomareservejään.⁸⁰ Pitäisin tämän tyyppistä säännöstä liian monimutkaisena, sillä

pääomalla on sellainen ominaisuus, että siihen ei liity ehdotonta oikeutta saada yritykseltä tulevaisuudessa varallisuussuorituksia paitsi likvidaatiotilanteessa ja silloinkin vasta velkojien jälkeen.

⁷⁹ Mannio s. 178-182

⁸⁰ Piltz s. 110

useamman verovuoden tarkastelu tuo hallintoon ylimääräistä raskautta. Toisaalta säännös voisi jossain tapauksessa tuoda kohtuutta, jos vaikka yrityksellä on ollut toiminnassaan yksi notkahdusvuosi ja korot katsottaisiin osingonjaoksi. Tappiovuotena korkoja ei mutoinakaan voida vähentää, mutta tappion vähennysoikeuden kautta hyöty voi olla käytettävissä seuraavan kymmenen vuoden aikana.⁸¹

Oman pääoman laskemisen ajoittamiskysymyksiä on lyhyesti käsitelty jäljempänä kappaleessa velan määrän laskemiseen liittyvät ajoittamiskysymykset.

4.2 Vieras pääoma käsitteenä ja siihen kuuluvat erät

Vieras pääoma tulee myös määrittää alikapitalisointisäännöksiä varten. Yrityksen rahoitusrakenteessa muu kuin oma pääoma on vierasta pääoma. Hybridi-instrumenttien eli välirahoituksen osalta jako on tehtävä oman ja vieraan pääoman väliltä tai sitten instrumentti on pilkottava verotuksellisesti kahteen osaan. Alikapitalisointisäännöksiä varten vieras pääoma ei välttämättä ole kuitenkaan taseen osoittama vieras pääoma, vaan merkittävänä voidaan pitää vaikkapa vain pitkäaikaista vierasta pääomaa. Vanhan kirjanpitoasetuksen tasekaavan mukaan pitkäaikaista vierasta pääomaa ovat seuraavat erät: joukkovelkakirjalainat, vaihtovelkakirjalainat ja muut pitkäaikaiset velat. Lyhytaikaisia velkoja ovat rahoitusvekselit, siirtovelat ja muut lyhytaikaiset velat. Kirjanpitoasetuksen 10 §:n mukaan pitkäaikaiseksi katsotaan velka tai se osa velasta, joka erääntyy maksettavaksi yhden vuoden tai sitä pitemmän ajan kuluessa. Tämän perusteella luetaan joko pitkäaikaisiin tai lyhytaikaisiin velkoihin lainat rahoituslaitoksilta, eläkelainat, saadut ennakot ja ostovelat. Uuden kirjanpitoasetuksen tasekaavan mukaan vierasta pääomaa ovat lisäksi velat saman

⁸¹ TVL 117 § - 123a §:stä löytyvät tappiontasausta koskevat säännökset. Alikapitalisointisäännösten osalta yleensä tulevat sovellettavaksi TVL 119 §, sillä alikapitalisointisäännösten piiriin kuuluvat EVL:n mukaan verotettavat. Tappioiden vähentäminen on tulolähdesidonnaista lukuun ottamatta TVL:n 59 §, johon TVL 119 § 3 momentissa viitataan.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

konsernin yrityksille sekä velat omistusyhteyksyrityksille. Taseeseen on kuitenkin erikseen merkittävä pitkäaikaisten velkojen⁸² määrä.

USA:ssa earnings stripping -säännösten osalta vieraan pääoman määrittelyssä pätevät yleiset kirjanpidolliset ohjeet. Useimmat pitkäaikaiset velat katsotaan tällöin myös velaksi earnings stripping -säännöksiä tulkittaessa. Lyhytaikaisia velkoja ei kuitenkaan lueta velaksi. Tällaisia ovat muun muassa seuraavat erät: tavanomaisesta toiminnasta aiheutuvat menot (accrued operating expenses), verovelat (accrued taxes payable) ja mikä tahansa velkasitoumus, johon on sitouduttu 90 viimeksi kuluneen päivän aikana ja jolta ei ole maksettava korkoa kyseiseltä ajalta.⁸³ Earnings stripping -säännöksissä on myös pyritty estämään oman ja vieraan pääomien määrien manipuloiminen tasetta varten. Oma pääoma voidaan tulkita vieraaksi pääomaksi, jos toimenpiteen tarkoituksena on ollut pienentää vieraan ja oman pääoman välistä suhdetta. Lisäksi, jos etuyhteydessä oleva yritys siirtää varojaan yhtiölle tämän tilikauden 90 viimeisimmän päivän aikana, ja varat saanut yhtiö siirtää edelleen saman tai vastaavanlaista varallisuutta jollekin etuyhteydessä olevalle yritykselle seuraavan tilikauden 90 ensimmäisen päivän aikana, tällöin kyseistä varallisuutta ei oteta huomioon vieraan ja oman pääoman laskennassa earnings stripping -säännöksissä. Verovelvollinen voi kuitenkin vielä osoittaa toimenpiteelle liiketaloudellisen perusteen, jolloin varallisuus voidaan ottaa huomioon omana pääomana.

Suomenkin osalta on syytä ottaa huomioon pitkäaikaisen velan ja lyhytaikaisen velan eroavaisuudet. Normaaliolosuhteissa kaikki pitkäaikainen velka katsottaisiin automaattisesti velaksi myös alikapitalisointisäännöksissä. Lyhytaikaisen velan osalta voidaan miettiä tilanteita, joissa verovelvollisen velkana ei pidetä joitakin lyhytaikaisia sitoumuksia.⁸⁴ Näistäkin tilanteista tulisi verohallituksen antaa ohjeistus.

⁸² Pitkäaikaisen velan määritelmä on sama kuin aikaisemmin, mutta se on ilmaistu lain neljännen luvun 7 §:ssä, jossa on lisäksi määriteltynä pitkäaikainen saaminen samoin kuin pitkäaikainen velka. Muut saamiset ovat lyhytaikaisia.

⁸³ Engle & Raineri s. 789. Katso myös Piltz s. 106-107, jossa on lyhyiden lainojen osalta käsitelty muutamien maiden osalta tilannetta. Kanadan osalta on laskuesimerkillä näytetty, kuinka lyhytaikainen laina voi nostaa kokonaisvelan määrää.

⁸⁴ Valtiovarainministeriö 1 s. 79 on tullut siihen johtopäätökseen, että alikapitalisointiin vaikuttavana lainana olisi ehkä pidettävä ainoastaan pitkäaikaista velkaa.

Varallisuuden siirtojen osalta USA:n säännös etuyhteisyritysten varallisuuden siirtojen osalta vain tasetta ajatellen pidän hyvänä. Yleisen veronkiertosäännöksen avulla voitaneen myös puuttua järjestelyyn, mutta selkeyden kannalta olisi lakiin hyvä ottaa myös yksityiskohtaisia säännöksiä. Erien katsominen joko omaan tai vieraaseen pääomaan ei käytännössä kuitenkaan ole hybridi-instrumenttien luokittelua lukuun ottamatta mikään iso ongelma, sillä alikapitalisointisäännöksiä tuskin rakennetaan pelkästään tiukan suhdelukusäännöksen varaan. Verovelvollisella tulee olla mahdollisuus näyttää rahoitusratkaisulleen hyväksyttävät syyt.

4.2.1 Kenen velat otetaan huomioon alikapitalisointitilanteissa ?

Alikapitalisointitilanteissa on kysymys etuyhteydessä olevan tahon liiallisesta vieraalla pääomalla rahoittamisesta. Tällöin herää esiin kysymys, miten tulisi kohdella eri tahoilta otettuja velkoja. USA:n tiukka earnings stripping -säännös ottaa huomioon tytäryhtiön kokonaisvelan riippumatta lainanantajasta. Tällöin lainat riippumattomiltakin osapuolilta otetaan huomioon velkoina, jolloin ulkomaiselle lainanantajalle maksettuja korkoja saatetaan kohdella kohtuuttomasti estämällä koron vähennysoikeus. Ulkomainen rahoitus tulee säännökseltä välttyäkseen suunnitella kotimaisen ja ulkomaisen rahoituksen yhteismäärää silmällä pitäen.⁸⁵

Saksassa vieraan ja oman pääoman määrää laskettaessa katsotaan erikseen jokaista ulkomaalaista lainanantajaa, jolloin tytäryhtiön kokonaisrahoitusrakenne ei ole relevantti, kuten ei ole myöskään maissa, joissa sovelletaan yleisiä verotuksellisia periaatteita. Tämä pätee myös Ison-Britannian osalta, jossa tarkoituksena on ottaa huomioon tapauskohtaisesti rahoitusratkaisun todellinen luonne. Saksassa on yritykset jaettu tavallisiin ja holding-yhtiöihin, ja velka voi olla normaalia tai voittosidonnaista hybridivelkaa. Hybridivelkaa voi olla vain puolet oman pääoman määrästä, eikä tässä tapauksessa ole mahdollista nojautua suojasatamasäännöksiin.⁸⁶

⁸⁵ Piltz s. 111

⁸⁶ Schauhoff s. 466-467

Japanissa vieraan ja oman pääoman suhde tulee olla yli 3:1, jotta alikapitalisointisäännöksiä voidaan soveltaa. Tämän jälkeen tulee ulkomaisen rahoituksen suhteessa ulkomaisiin investointeihin kokonaisuudessaan nousta yli 3:1. Tämän jälkeen yhtiöllä on vielä mahdollisuus osoittaa, että riippumattoman osapuolen rahoitus olisi ollut samanlaisissa olosuhteissa yhtä suuri tai suurempi.⁸⁷ Japanin tapauksessa voidaan rahoituksellisen liikkumavaran katsoa olevan melkoisen hyvä, sillä vertaamalla vastaavanlaisiin yrityksiin pystytään osoittamaan sallitut puitteet toiminnalle. Saksan säännöksen liikkumavara on samantyyppinen, sillä erotuksella, että Saksassa jokaista lainanantajaa tutkitaan erikseen. Japanissa on mahdollista vaihdella eri rahoittajien osuuksia, kunhan vain yhteisvelkapääoma ei ulkomaalaisen velan osalta nouse yli sallitun tason⁸⁸, joten USA:han verrattuna Saksa ja Japani suojasäännöksineen antavat selvästi enemmän liikkumavaraa rahoitusrakenteen suunnittelun suhteen.

Suomen mahdolliseen alikapitalisointisäännökseen ei voida ottaa USA:n säännöksen kaltaista tiukkaa tulkintaa.⁸⁹ Tämä on vastoin alikapitalisoinnin peruskysymystä eli sitä, että alikapitalisoinnin yhtenä edellytyksenä on lainan osapuolten etuyhteysominaisuus. Tämä ei välttämättä toteudu USA:n järjestelmässä. Jos vaikkapa ulkomailta otetun lainan osuus on vain murto-osa yhtiön kokonaislainamäärästä, ja kyseinen laina on ollut vaa'an kielen asemassa sallitun suhdeluvun (1,5:1) ylittymisessä, tällöin koron vähennysoikeus kielletään ilman tulkintaa. Sijoittajat tosin tietävät pelin hengen, ja voivat sopeuttaa rahoituksen tämän mukaan, eikä tulkintaepäselvyyksiä juuri synny. Toisaalta yhtiön on mahdollista saada myöhemmin vähennys hyväkseen, ja säännöstä on alunperin ollutkin tarkoitus tulkita muodollisesti. Suomea ajatellen tulisi etuyhteydessä olevilta saatuja lainoja tarkastella kokonaisuutena, jolloin Ison-Britannian, Japanin ja Saksan malleista tulisi hakea esimerkkiä.

⁸⁷ Ori s. 529-531

⁸⁸ Piltz s. 112

⁸⁹ Katso myös Irlannin osalta Piltz s. 103-104 tai Dowling & O'Donnell s. 472-473. Irlannissa ei myöskään anneta sijaa järjestelyn todelliselle luonteelle.

4.2.2 Velan määrän laskemiseen liittyvät ajoituskysymykset

Alikapitalisointisäännöksiä kannalta saattaa olla tärkeää velan määrittämisen kannalta tietää ajankohta, jolta vieraan pääoman määrä lasketaan. Kansainvälisesti on käytössä neljä eri pääasiallista tapaa ajoittaa vieraan pääoman laskeminen.⁹⁰ USA:n earnings stripping -säännökset laskevat velkapääoman määrän verovuoden viimeisen tilanteen mukaan. Säännöksen kiertäminen on myös otettu huomioon (katso yllä vieras pääoma käsitteenä ja siihen kuuluvat erät). Espanjassa ja Japanissa on käytössä menetelmä, jossa käytetään velan määrän laskemiseksi vuoden keskiarvoa, joka voidaan määrittää esimerkiksi kuukausittain. Saksassa ja Kanadassa turvaudutaan korkeimpaan vieraan pääoman määrään verovuonna. Australialla ja Uudella-Seelannilla on käytössään järjestelmä, jossa verovelvollinen voi valita joko vuoden korkeimman vieraan pääoman määrän tai vuoden keskiarvon väliltä. Vieraan pääoman määrässä vuoden keskiarvoon tukeutuminen vaikuttaa järkevimmältä ratkaisulta, sillä se tasaisi vaihtelut parhaiten. Verovuoden viimeisen päivän vieraaseen pääomaan turvautuminen toisi jälleen kysymyksen veronkiertämisestä erilaisten järjestelyiden kautta. Oman pääoman laskemiseen liittyvät yhtä lailla ajoittamiskysymykset.⁹¹ Oma ja vieras pääoma olisi paras laskea samana ajankohtana.

4.3 Ongelmakohtia oman ja vieraan pääoman välisen suhteen määrittelyssä

Alikapitalisointitilanne syntyy siis silloin, kun yrityksessä katsotaan olevan liikaa vierasta pääomaa suhteessa omaan pääomaan, jolloin korkoa maksava yhtiö saa hyödyn koron vähennysoikeuden avulla ja mahdollisesti pienemmän lähdeveroprosentin avulla. Alikapitalisointisäännöksiä tehtäessä tulee määrittää sellainen tilanne tai olosuhde, jolloin yrityksellä katsotaan olevan liiaksi vierasta pääomaa. Vaikeutena onkin juuri määrittää tämä tilanne eli sallittava vieraan ja oman pääoman välinen suhde. Ulkomaille maksettavien korkojen vähennyskelpoisuuteen puuttumiselle alikapitalisointitilanteessa on kansainvälisesti löydettävissä kolme

⁹⁰ Katso tarkemmin Piltz s. 109.

pääryhmää.⁹² Ensimmäisen ryhmän muodostavat maat, joilla on erityinen alikapitalisointisäännöstö. Toiseen ryhmään kuuluvat maat, jotka luottavat lainsäädännössään yleisiin verotuksellisiin periaatteisiin. Lopuilla valtioilla, joihin Suomikin toistaiseksi lukeutuu, ei ole säännöksiä alikapitalisointitilanteille, mutta silti on toisinaan mahdollista puuttua järjestelyihin ilman lain suoranaista tukeakin yleisiin veronkiertosäännöksiin nojaten. Tällainen oikeustila luo verotuskohteluun kuitenkin epävarmuutta.

Alikapitalisointisäännöksiä varten on valittava se tapa, millä vieraan ja oman pääoman välinen suhde halutaan toteuttaa. Vaihtoehtoina on antaa tietty kiinteä suhdeluku vieraalle ja omalle pääomalle, jonka ylittyessä koron vähennysoikeus evätään tai sitten suoritus katsotaan osingoksi, jolloin on mietittävä mahdolliset muutokset esimerkiksi yhtiöveron hyvityslakiin. Parempana vaihtoehtona kiinteälle suhdeluvulle on pidetty suojasatamasäännöksiin tukeutumista⁹³, jolloin yritys voi osoittaa rahoitusratkaisuilleen hyväksyttävät puitteet. Kolmantena ratkaisumallina on markkinaehtoisuuden (arm's length) periaatteen noudattaminen ilman suhdelukuja. Tämän luvun lopuissa kappaleissa käsitellään tätä ongelmaa, ja etsitään Suomelle sopivaa vaihtoehtoa.

4.3.1 Suhdelukumalli ja suojasatamasäännös alikapitalisointitilanteissa

Kiinteässä suhdelukumallissa annetaan vieraan pääoman rahoitukselle tietty enimmäismäärä verrattuna omaan pääomaan. Vieraan pääoman määrä jaettuna oman pääoman määrällä on suhdeluku, joka määrätään sisäisessä lainsäädännössä. Näiden rajojen puitteissa voidaan suomalaista tytäryhtiötä rahoittaa ilman veroseuraamuksia. Kiinteällä suhdelukumallilla on useita heikkoja kohtia, jotka voivat luovat jäykkyyttä

⁹¹ Katso Piltz s. 110, jossa Saksan osalta oman ja vieraan pääoman määrät lasketaan eri ajankohtina.

⁹² Piltz s. 99, Katso myös Vapaavuori s. 528-529, joka esittelee neljä kansainvälistä päätoimintalinjaa alikapitalisointitilanteissa. Nämä ovat kiinteä suhdelukumalli, subjektiivinen lähestymistapa, peiteltyä voitonsiirtoa soveltavat säännökset sekä sammutettujen lyhtyjen periaate, jollaisena Suomenkin tilannetta voidaan pitää.

⁹³ Katso Valtiovarainministeriö 1 s. 77-78. Ryynänen s. 428 pitää myös suojasatamasäännösten soveltamista Suomelle sopivana ratkaisuna.

yrityksillä rahoitus- ja verosuunnittelussa. Peruslähtökohtana jokaisessa alikapitalisointitilanteessa on lainanantajan side lainaavaan osapuoleen, joka useimmiten on lainanantajan tytäryhtiö. Tämä ei ole tuottanut vaikeuksia eri maiden lainsäädännöissä. Riippumattomaan osapuoleen ei voida soveltaa säännöksiä. Osallistumisen aste voi vaihdella eri maissa, ja yleensä otetaan huomioon myös epäsuora omistaminen (katso jäljempänä luku 5.1.1). Lainanantajan tulee yleensä olla ulkomaalainen rajoitetusti verovelvollinen, mutta poikkeuksiakin löytyy, jolloin syrjintäkieltoartiklan soveltuminen on epätodennäköisempää. Tiukkaan suhdelukuun pitäytyminen tuo kuitenkin omat ongelmansa. Ongelmakohdista voidaan mainita velan ja oman pääoman määrittelyn vaikeus, mitä eri velkoja kuuluu säännöksen piiriin, pankin välityksin annettu laina (back-to-back loan), ulkomaisen etuyhteydessä olevan yrityksen takaaman lainan kohtelu, suhtautuminen hybridi-instrumentteihin sekä velan ja oman pääoman laskemisen ajoittaminen. Näiden ongelmallisten kysymysten takia on useimmissa kiinteän suhdeluvun maissa otettu käyttöön suojasatamasäännöksiä, joskin täysin yhtenäistä linjaa on vaikea löytää, eikä suojasatamasäännösten käyttökään helpota kaikkia laskemisperiaatteita ja arvostuskysymyksiä. Täysin identtisiä maita alikapitalisointisäännösten suhteen ei ole, vaikka suhdeluku olisikin sama, sillä vaikkapa velan laskemisen ajankohta voi saada useita vaihtoehtoja. Kun suhdeluku ylittyy, jolloin on jo jouduttu ottamaan kantaa arvostuskysymyksiin, voidaan korkojen vähennyskelpoisuus evätä. Tiukka pitäytyminen suhdeluvussa voi ajaa yritykset kaavamaiseen rahoitusratkaisuun, jota ei olisi tehty normaalioloissa, ja samalla eliminoidaan alikapitalisointisäännösten vaikutus.⁹⁴

USA:ssa on alikapitalisointisäännöksiä kahdella tasolla. IRS:lle on annettu mahdollisuus luokitella jokin rahoitusinstrumentti joko omaan tai vieraaseen pääomaan kuuluvaksi tai näiden yhdistelmiksi. Ratkaisuja ohjaa osaltaan säännös section 385(b) sekä oikeusistuimien antamat tulkinnat jonkin erän kuulumisesta joko omaan tai vieraaseen pääomaan. Tällöin korostetaan toimenpiteen todellista luonnetta. Alikapitalisointitilanne määritellään tapauskohtaisesti, eikä mitään suhdelukusäännöstä

⁹⁴ Ryyänen s. 428

tällöin ole. Tätä tilannetta käsitellään seuraavassa kappaleessa markkinaehtoisuuden periaate alikapitalisointitilanteissa. Toinen taso alikapitalisointisäännöksiä voidaan ajatella olevan vuonna 1989 kongressin säätämä earnings stripping -säännös.⁹⁵ Sen tarkoituksena on estää rapauttamasta USA:n veropohjaa korkomenojen vähentämisellä silloin, kun korko maksetaan ulkomaalaiselle etuyhteydessä olevalle osapuolelle tai verovapaalle yhteisölle.⁹⁶ Aikaisemmin ulkomaalaisille yrityksille oli eduksi rahoittaa USA:ssa vieraan pääoman ehdoin, jolloin kun korkoa maksettiin emoyhtiölle ulkomaille, niin veroa perittiin ainoastaan lähdeveron muodossa ja sekin oli yleensä verosopimusten ansiosta pienempi kuin osingoista perittävä lähdevero. USA:ssa ei ole muutoinkaan sovelleta yhtiöveron hyvitysjärjestelmää vaan käytössä on klassinen järjestelmä, jossa osinkoa verotetaan ensin yhtiöllä ja tämän jälkeen vielä osingonsaajalla, jolloin osinko faktisesti verotetaan kahteen kertaan. Tällöin on suuri houkutus naamioida oman pääoman suoritus velaksi, sillä korkotuloista verotetaan vain kertaalleen, ja korkomenot ovat maksajalleen vähennyskelpoisia. USA:ssa on joitakin lievennyksiä kahdenkertaisen osingon verottamiselle, mutta houkutus on silti suuri verovelvollisella tulkita oman pääoman suoritus velaksi.⁹⁷

Earnings stripping -säännös (§ 163(j)) koskee yhdysvaltalaisia yhtiötä ja niitä ulkomaalaisia yhtiöitä, jotka kiinteän toimipaikan perusteella ovat verovelvollisia USA:ssa ja joiden vieraan ja oman pääoman välinen suhde ylittää 1,5:1. Kyseisen säännöksen soveltuessa verosta vapaalle etuyhteydessä olevalle yritykselle maksettu korko ei ole vähennyskelpoinen. Vertaa tilannetta, jossa rahoitusinstrumentti on sen sijaan katsottu alkuperäisen verovelvollisen tulokinnan vastaisesti omaksi pääomaksi, niin tällöin korko katsotaankin osingoksi. Vähennysoikeutta ei kuitenkaan välttämättä lopullisesti menetetä vaan vähennysoikeus voidaan käyttää määräämättömän ajan

⁹⁵ Katso lain säätämisen taustoista Bittker & Eustice s. 4-50, S4-15 - S4-18. Lain pykälä on § 163(j).

⁹⁶ Engle & Raineri s. 788

⁹⁷ Engle & Raineri s. 778-779. Luonnollisia kotimaisia henkilöitä verotetaan normaalisti korkeintaan 39,6 %:n ja kotimaisia yrityksiä korkeintaan 35 %:n mukaan osinkotuloista. Kotimaiset yhtiöt ovat kuitenkin yleensä oikeutettuja osinkovähennykseen saatujen osinkojen perusteella (dividends received deduction). Tämän vähennyksen suuruus vaihtelee 70 %:sta 100 %:iin osingon määrästä, joka saadaan konserniin kuulumattomalta kotimaiselta yhtiöltä (§ 243-246). Kotimaisilta konserniin kuuluvilta tytäryhtiöiltä saadut osingot eliminoituvat USA:n liittovaltion consolidated return principles mukaan (Treas. Reg. §1.1502-13(f)). Kotimaisilta yhtiöiltä ulkomaalaisille osakkeenomistajille jakamat osingot ovat normaalisti 30 %:n lähdeveron alaisia, mutta verosopimukset lieventävät verokohtelua.

tulevina verovuosina (carry forward). Vähennyskelvottoman koron määrä on joko liiallinen korkokustannus tai summa, joka on maksettu verovapaille etuyhteydessä oleville osapuolille - summasta pienempi osoittaa liiallisen koron määrän. Liiallinen korkokustannus on ylimenevä osa yhtiön nettokorkomenoista, joka ylittää 50 prosentilla sen tarkistetusta verotettavasta tulosta lisättynä aikaisemmin vähentämättä jääneillä korkokuluilla. Liiallisella korkokustannuksella tarkoitetaan korkokuluja, jotka ylittävät korkomenot kyseisenä verovuonna. Tarkistetulla verotettavalla tulolla tarkoitetaan verotettavaa tuloa lukuun ottamatta tiettyjä erä, kuten vähennyksiä nettokorkokuluista, verovuoden nettotappiota, poistoja ja kuoletuksia. Jos 50 % yhtiön tarkistetusta verotettavasta tulosta ylittää yhtiön nettokorkokulut, niin yhtiölle jää vähentämättä ylittävä osa koroista, jotka voidaan kuitenkin jatkossa vähentää noudattaen carry forward -periaatetta.⁹⁸ Etuyhteydessä oleva osapuoli katsotaan olevan verosta vapaa § 163(j):n mukaan, jos tämä ei ole velvollinen maksamaan USA:ssa tuloveroa mukaan lukien koron lähdevero. Jos korosta peritään alle sisäisen lainsäädännön edellyttämät 30 %:a lähdeveroa, niin verosta vapaaksi katsotaan lähdeveron ja perityn veron erotus. Earnings stripping -säännös soveltuu siis ainoastaan silloin, kun velallisen vieraan ja oman pääoman suhde on yli 1,5:1 (velkaan kuulumisen katso edellä vieras pääoma käsitteenä ja siihen kuuluvat erät). Oman pääoman osuus (equity portion) saadaan, kun omasta pääomasta vähennetään velan osuus. Oma pääoma ei voi koskaan olla negatiivinen, ja GAAPin mukaan määräytyy jonkin erän katsominen omaan pääomaan kuuluvaksi. Koron vähennysoikeuden kieltäminen ei vaikuta korkoa maksavan yhtiön voittoihin.⁹⁹ Earnings stripping -säännös koskee yhdysvaltalaisen yhtiöiden lisäksi myös ulkomaisia yrityksiä, joilla on liiketoimintaa USA:ssa kuten myös ulkomaisten yritysten yhdysvaltalaisia sivuliikkeitä. Eri erien määritelmien osalta kyseeseen tulee luonnollisesti vain USA:aan sidoksissa olevat erät.¹⁰⁰

USA:ssa ja ulkomailla on suhtauduttu kriittisesti earnings stripping -säännökseen, sillä sitä pidetään liian kaavamaisena. Käypien arvojen käyttämiselle yritysten

⁹⁸ Engle & Raineri s. 788-789

⁹⁹ Engle & Raineri s. 789

¹⁰⁰ Engle & Raineri s. 790

välisissä toimenpiteissä ei ole siis merkitystä earnings stripping -säännösten suhteen, mutta velan uudelleen luokittelussa markkinaehtoisuuden (arm's length) periaatteen käyttö lienee pakollista. Säännösten soveltamisen edellytyksenä on ainoastaan ulkoisten edellytysten täyttyminen, jolloin puhutaan suhdelukumallista puhtaimmillaan, mutta carry forward -menetelmä tuo helpotusta tilanteeseen. Korkoja ei myöskään katsota osingoiksi. Velan uudelleen luokittelutilanteessa korko katsotaan osingoksi ja seurauksena on yleensä ankarampi verotus.

Kiinteän suhdeluvun tuomat ongelmat ovat saaneet useimmat erityistä lainsäädäntöä käyttävät maat etsimään ratkaisuja normaalisääntöihin tuomaan joustavuutta arvioitaessa edellytyksiä alikapitalisointitilanteille.¹⁰¹ Suojasatamasäännökset toimivat siten, että laissa säädetyn vieraan ja oman pääoman rajan ylittyessä yritys voi vielä osoittaa rahoituksen olevan hyväksyttävissä riippumattomien osapuolten välisissä järjestelyissä, jolloin koron vähennyksen kieltäminen ei tulisikaan kyseeseen. Yrityksen on tällaisessa tilanteessa osoitettava veroviranomaisille, että lainan määrä olisi normaali myös riippumattoman osapuolen ollessa lainanantaja. Alalla tyypillisesti vallitseva vieraan ja oman pääoman suhde voisi olla osoitus suojasäännöksen käyttämiselle. Riippumattoman osapuolen suhtautuminen kertoo jotain sen hyväksyttävyydestä. Suojasatamasäännökset tuovat sen liikkumavaran, jota yritykset tarvitsevat kansainvälisessä toiminnassaan. Kun käytetään yleisiä verotuksellisia periaatteita, otetaan huomioon yritysten ja toimialojen yksilölliset tarpeet ja vaatimukset, mutta tällainen järjestely voi toisaalta antaa liiankin paljon liikkumavaraa. Asettamalla sallittu vieraan rahoituksen raja tuodaan oikeusvarmuutta käytäntöön. Kun vielä annetaan mahdollisuus osoittaa normaalit puitteet rahoitukselle

¹⁰¹ Katso Teixeira s. 474-475, jossa kerrotaan Portugalin uudesta alikapitalisointisäännöksestä, joka on tullut voimaan vuonna 1996. Säännöksen mukaan, kun ulkomaalainen omistaa suoraan tai välillisesti vähintään 25 % kotimaisen yrityksen osakepääomasta tai jos ulkomaalainen (yhteisö) voi käyttää vaikutusvaltaa kotimaisessa yhteisössä suoraan tai välillisesti, korkojen vähennysoikeus voidaan evätä suhdeluvun ollessa 2:1. Portugali on omaksunut lisäksi suojasatamamahdollisuuden, jonka tulkinnassa tosin voi syntyä epäselvyyksiä.

Calderón Carrero s. 286-287 esittelee puolestaan Espanjan alikapitalisointisäännösten uusimista vuonna 1996. Espanjassa on aiemmin ollut tiukkaan suhdelukuun perustuva järjestelmä. Nyt suhdeluku on nostettu kahdesta kolmeen ja on otettu käyttöön mahdollisuus jonkintyyppiseen markkinaehtoisuuteen, jolloin todellisilla rahoitustarpeilla olisi merkitystä, ettei tiukkaan suhdelukuun pitäytyminen vääristäisi kansainvälistä rahoitussuunnittelua.

(safe haven), ollaan hyvällä pohjalla. Ongelmana on hallinnollinen rasitus viranomaisille tutkia tapauksia, joissa suhdeluku ylittyy ja joissa joudutaan miettimään riippumattoman osapuolen suhtautumista lainan myöntämiseen. IFA:n 50. kongressin päätöslauselman¹⁰² 3. kohdassa todetaan seuraavaa: *“Verovelvollisella tulisi olla oikeus osoittaa, että sen vieraan pääoman ja oman pääoman suhde on hyväksyttävissä, vaikka se ylittää erityisen kiinteän suhdeluvun mukaisen tason.”* Tätä suositusta ei Suomenkaan osalta kannata olla ottamatta huomioon. Useat yllä esitetyt tekijät ovat kallistamassa vaakakuppia suojasatamasäännöksen suuntaan.

Suhdelukumallin käytön yhtenä ongelmana on se, että se ei ota huomioon erilaisten teollisuusalojen tyypillisiä rahoitusrakenteita.¹⁰³ Suojasatamasäännös ottaa paremmin reaali maailman tarpeet huomioon. Kuitenkin jos on olemassa erityisiä selvästi muista poikkeavia teollisuuden aloja rahoitusrakenteen suhteen, voidaan miettiä omia suhdelukumalleja näille teollisuudenaloille, jolloin kyseisen ryhmän osalta voidaan keskitetysti antaa ohjeistusta. Eri teollisuusalojen tarpeet ja ominaisuudet tulee ottaa huomioon. Norjassa ei ole yleistä suhdelukua kuin öljy-yhtiöille, joilla tulee olla vähintään 20 %:n oman pääoman osuus.¹⁰⁴ Sveitsissä on myös kantonitasolla erilaisia suhdelukusäännöksiä, joista osa koskee vain kiinteistöyhtiöitä.¹⁰⁵

Suhdelukumallia ilman tai suojasatamasäännösten kanssa toteutettaessa ratkaiseva kysymys on vieraan ja oman pääoman suhteen sallittu enimmäismäärä. Ilman suojasatamasäännöstä suhdeluvun tulisi olla korkeampi kuin jos suojasatamasäännöksiä käytetään. Pelkän suhdeluvun käyttäminen on kuitenkin liian

¹⁰² Katso suomennetun version osalta Vapaavuori s. 537.

¹⁰³ Katso USA:n tapauksessa Engle & Raineri s. 776, josta saadaan selkeä kuva eri teollisuudenalojen erilaisista lainan määristä suhteessa omaan pääomaan. Samoin Suomen osalta katso Valtiovarainministeriö liite 1 s. 3-5. Leppiniemi & Puttonen s. 164-172 käsittelee yrityksen optimaaliseen pääomarakenteeseen liittyviä kysymyksiä. Tällöin pyritään löytämään sellainen pääomarakenne, että pääoman kustannus on mahdollisimman pieni.

¹⁰⁴ Harboe s. 637

¹⁰⁵ Tästä tarkemmin Lüthi s. 447-448. Katso myös Safarik s. 59-60, joka esittelee Sveitsin uuden alikapitalisointilainsäädännön. Siinä “hidden equity” -käsite määritellään verovuoden viimeisen päivän mukaan joko käyvillä arvoilla tai vaihtoehtoisesti verotusarvoilla. Ensin määritellään suurin mahdollinen velan määrä eri tase-erille. Esimerkiksi käteiselle on mahdollista ottaa saman verran velkaa, mutta koneiden ja laitteiden osalta suurin mahdollinen velan määrä on 50 % niiden arvosta.

kaavamaista. Ratkaisu istuisi huonosti taloudellisia realiteetteja korostavaan nykyiseen ajatteluun. Kaikissa tilanteissa verotuksen on huomioitava reaali maailman tosiasiat. OECD maissa yleisimmin käytössä oleva vieraan ja oman pääoman suhdeluku on 3:1. Suhdelukua ei ole mielekästä asettaa ainakaan tätä pienemmäksi. Tällä hetkellä Suomessa on alhainen yhteisöveroprosentti, joka vähentää haluja naamioida oman pääoman suoritus vieraaksi pääomaksi. Samoin osinkojen lähdeveroista ollaan tulevaisuudessa todennäköisesti luopumassa. Tästä huolimatta on hyvä olla olemassa säännös, joka mahdollistaa puuttumisen väärinkäytöstilanteisiin. Ulkomaalaisomisteisten yritysten rahoitusrakennetta on myös tutkittu Suomessa. Tilanne näyttää hyvältä, sillä oman pääoman ja pitkäaikaisten velkojen suhde ulkomaalaisomisteisilla yrityksillä on noin 1, ja sama luku Suomen koko teollisuudessa ja kaupassa on keskimäärin 0,7:1 (vieraan ja oman pääoman suhde on tällöin 1:0,7 eli 1,43:1).¹⁰⁶ Sallittava vieraan ja oman pääoman välinen suhde Suomessa voisi olla 3:1:n ja 5:1:n välillä, jolloin liian moni yritys ei joutuisi selvittämään rahoitusrakenteensa tarkoitusta. Hallinnollisen sujuvuuden kannaltakaan ei ole tarkoituksenmukaista, että suhdeluku asetetaan liian alhaiseksi. Verovelvollisella olisi lisäksi mahdollisuus osoittaa suhdeluvun ylittyessä hyväksyttävä syy vieraan pääoman suurelle määrälle.

4.3.2 Markkinaehtoisuuden periaate alikapitalisointitilanteissa

Markkinaehtoisuuden periaatteella tarkoitetaan tilannetta, jossa toimenpide on tehty niin kuin se olisi tehty riippumattomien osapuolien välisissä toimenpiteissä. Alikapitalisointilainsäädännössä voidaan lähteä puhtaasti markkinaehtoisuuden periaatteesta (arm's length principle), jollaista järjestelmää Isossa-Britanniassa

Organisaatiokulujen osalta velkaa ei voi olla ollenkaan. Näin saadaan eri erille sallitut vieraan ja oman pääoman väliset suhteet. Näitä lukuja sitten verrataan yhtiön kokonaisvelkaisuuteen.

¹⁰⁶ Katso tarkemmin Valtiovarainministeriö 1 liite 1. Tutkimus on tehty vuosina 1989-1992, joten aivan tuoretta tilastomateriaalia ei ole saatavilla.

pyritään toteuttamaan. Markkinaehtoisuus on määritelty OECD:n malliverosopimuksen 9. artiklassa.¹⁰⁷

Maat, jotka eivät ole lähteneet erityisen alikapitalisointilainsäädännön tielle, voivat käyttää yleisiä verotuksellisia periaatteita vastaavanlaisissa tilanteissa. Markkinaehtoisuuden periaatteen voidaan katsoa olevan myös yleinen verotuksellinen periaate.¹⁰⁸ OECD¹⁰⁹ on jo vuonna 1979 asettanut markkinaehtoisuuden kannalle myös alikapitalisointitilanteissa. Veroviranomaisten olisi ehkä syytä omaksua pankkiirin perspektiivi hyväksyttäviä vieraan pääoman määriä miettiessään.¹¹⁰ Ongelmana puhtaassa markkinaehtoisessa järjestelmässä on sen hallinnollinen raskaus¹¹¹ sekä tulkintaongelmat ja yhtenäisen linja löytäminen siinä mielessä, että ratkaisut eivät perustu liiaksi eri seikkoihin, vaikka lähtökohtana on tapauskohtaisuus ja kokonaistarkastelu. Verovelvollisen näkökulmasta markkinaehtoisuuteen nojautuminen luo epävarmuutta, jota voivat osaltaan hälventää veroviranomaisten ohjeistus sekä ennakkotiedot. IFA:n 50. kongressin päätöslauselmassa¹¹² on myös otettu kantaa markkinaehtoisuuteen. Päätöslauselman 1. kohdassa todetaan seuraavaa: *“Kun OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklaa sovelletaan tarkoituksena määritellä se, onko yritys “alikapitalisoitu”, keskeinen määrittelyperuste on se, olisiko riippumaton lainanantaja myöntänyt lainan verovelvolliselle esitetyillä ehdoilla,*

¹⁰⁷ Katso OECD:n malliverosopimuksen 9. artikla. OECD:n siirtohintaraportissa s. I-1 - I-28 on syvällisemmin pohdittu markkinaehtoperiaatteen soveltumista siirtohinnoittelun ollessa kyseessä. Katso myös Niskakangas s. 192-194.

¹⁰⁸ Muut menetelmät ovat toimenpiteen tarkoitukselle todellinen merkitys (substance over form) ja lain väärinkäyttö -menetelmä (abuse of law concept). Michielse 2 s. 590 kerrotaan, että Alankomaissa on käytössä substance over form -menetelmä, jossa järjestelyn tai sopimuksen todellinen luonne määrää myös veroseuraamukset. Osapuolten aikomuksille annetaan tulkinnassa painopiste. Sijoitetun rahan todellinen luonne tulee selvittää, jolloin otetaan huomioon monia tekijöitä kuten lainanantajan riski sijoituksessa. Alankomaissa on oikeustapauskeskeinen järjestelmä, joka on tuottanut useita lähestymistapoja alikapitalisointitilanteissa, jolloin myös abuse of law -menetelmä on saanut merkitystä. Katso tarkemmin tulkinnosta ja oikeuskäytännöstä Michielse 2 s. 591-597. Tosiasiallisesti ajattelutapa ei juuri eroa markkinaehtoisesta lähestymistavasta.

¹⁰⁹ OECD 1979, paragraph 191 s. 88-89

¹¹⁰ OECD 1987 s. 31. Tässä ajattelutavassa pitää miettiä, olisiko riippumaton pankki ottaen huomioon lainaajan taloudellinen tilanne myöntänyt lainan sillä hetkellä ja niillä ehdoilla, kun osapuolten välillä oli todellisuudessa sovittu tehtäväksi. Tähänkään menetelmään ei pidä luottaa sokeasti.

¹¹¹ Tikka s. 53-54 on pitänyt hallinnollista tehokkuutta yhtenä hyvän verojärjestelmän ominaisuuksista. Sivuilla 47-62 on analysoitu muita hyvän verojärjestelmän piirteitä. Näitä ovat muun muassa oikeudenmukaisuus, oikeusvarmuus ja ennustettavuus sekä kansainvälinen niveltyvyys ja kilpailukyky.

¹¹² Katso suomennoksen osalta Vapaavuori s. 537.

ottaen huomioon kaikki tosiasiat ja olosuhteet mukaanlukien lainan vakuudet ja lainansaajan mahdollisuudet aikaansaada varoja lyhennyssuunnitelman mukaisiin suorituksiin. Lainansaajan tai lainan myöntäjän voiton määrä verrattuna riippumattomien yritysten vastaavaan ei voi olla määrittelyperusta sille, onko lainaa pidettävä "markkinaehtoisena" " Suojasatamasäännöksiä ajatellen on hyvä ottaa tästä päätelmästä näkökulmaa niihin periaatteisiin, joiden mukaan suhdeluvun ylittyessä vieraan pääoman määrä voidaan silti katsoa olevan hyväksyttävä.

Ison-Britannian alikapitalisointisäännökset noudattavat markkinaehtoisuuden periaatetta (arm's length approach). Alikapitalisointitilanteissa korko luokitellaan vähennyskelvottomaksi osingoksi ainoastaan tilanteissa, jolloin lainan ottanut yhtiö on vähintään 75 %:n tytäryhtiö lainanantajalle tai molemmat ovat 75 %:n tytäryhtiöitä jollekin kolmannelle yritykselle.¹¹³ Lainanantajan kansalaisuudella ei ole väliä, eikä tästä ole myöskään mainintaa sisäisessä laissa. Sen sijaan alikapitalisointisäännökset eivät päde, jos lainanantaja on velvollinen suorittamaan yhtiöveroa Isossa-Britanniassa kyseisestä korkotulosta. Säännökset ovat voimassa ainoastaan tilanteissa, joissa koron määrä ylittää sen, mitä olisi maksettu, jos lainanantajan ja lainaavan osapuolen välillä ei olisi intressiyhteyttä eli markkinaehtoisuuden periaatetta noudatetaan.¹¹⁴ Veroviranomaiset ovat ilmoittaneet tarkkailevansa sitä, mikä määrä olisi tullut maksettavaksi, eivätkä sen sijaan sitä, mitä lainasta olisi voitu maksaa korkona. Tämä on joidenkin veroasiantuntijoiden mielestä hieman ristiriitainen lähestymistapa markkinaehtoisuuden kannalta. Markkinaehtoisuutta määritettäessä prosessi on seuraavanlainen; Aluksi määritetään se lainan määrä, jonka riippumaton osapuoli olisi ollut valmis lainaamaan yritykselle. Tämän jälkeen määritetään markkinaehtoisen koron määrä eli määrä, jonka lainan ottanut osapuoli olisi ollut valmis maksamaan korkona riippumattomalle osapuolelle.¹¹⁵

Ison-Britannian yhtiöoikeudessa ei ole asetettu mitään yleistä kieltoa vieraan ja oman pääoman suhteille. Pankeille, vakuutusyhtiöille, välittäjille, meklareille ja muille

¹¹³ Fairley & Fleming s. 754, section 209(da)(I) ICTA 1988

¹¹⁴ section 209 (da)(ii) ICTA 1988

¹¹⁵ Fairley & Fleming s. 754

rahoituslalla toimiville yhtiöille on kuitenkin tiukemmat vaatimukset pääomarakenteen suhteen. Ulkomaiselle rahoitukselle ei ole asetettu mitään esteitä. Inland Revenuen mukaan keskimääräinen vieraan ja oman pääoman suhde Isossa-Britanniassa on 0,6:1, mutta mitään suoranaista säännöstä ei ole, joka vaikuttaisi vieraan ja oman pääoman määrien valintaan. Vieraan pääoman käyttämiseen houkuttelee kuitenkin ACT -järjestelmä (advance corporation tax) suhteessa koron vähennyskelpoisuuteen. Maksetut osingot eivät ole yhtiön tuloksesta vähennyskelpoisia.¹¹⁶ Koron vähennyskelpoisuudelle on Isossa-Britanniassa asetettu monimutkaiset vaatimukset. Yleisesti ottaen korko voidaan vähentää, jos se on lyhytaikainen eli takaisinmaksun tulisi tapahtua alle vuodessa, ja korko liittyy kaupalliseen toimintaan. Korko on myöskin vähennyskelpoinen, jos se maksetaan Isossa-Britanniassa pankkitoimintaa harjoittavalle laitokselle, jolloin koron täytyy määräytyä vuosikorkona.¹¹⁷

Ison-Britannian alikapitalisointisäännöksissä ei ole mitään varsinaista suojasatamasäännöstä. Veroviranomaisten mielestä tämä ei ole sopiva keino määrittää markkinaehtoisuutta. Alikapitalisointitilanteiden tapauskohtainen tarkastelu on näin ollen ratkaisevaa. Käytännössä kuitenkin monet asiantuntijat ovat arvelleet suojasataman olevan, kun vieraan ja oman pääoman suhde on 1:1 tai sen alle. Näin on Isossa-Britanniassa myös käytännössä toimittu, mutta toisaalta veroviranomaiset ovat sanoneet edelleen, ettei ole olemassa mitään ainoaa suhdelukua vieraan ja oman pääoman välillä, jolloin suojasatama turvaisi koron pitämisen korkona. Isossa-Britanniassa ei ole olemassa mitään erityistä tilannetta, jossa laina katsottaisiin automaattisesti oman pääoman suorituksi. Ratkaisevaa on ainoastaan kolmannen, riippumattoman osapuolen halukkuus myöntää laina sillä hetkellä kyseiselle lainanantajalle. Lainan ehdoista ei voida myöskään suoraan päätellä suorituksen laatua, vaan taas on ratkaisevana kriteerinä kolmannen osapuolen halukkuus myöntää

¹¹⁶ Katso Fairley & Fleming s. 748-750, jossa on selvitetty myös osingonjaon aiheuttamaa ACT:n maksuvelvollisuutta eri tilanteissa. Samoin on selvitetty ACT:n erilaisia suorittamistapoja.

¹¹⁷ Fairley & Fleming s. 750. Katso myös koron vähennyskelpoisuuden estävien erityissäännösten osalta s. 758 ja tarkemmin Marshall s. 451, samoin Tiley s. 292-295 ja Blumenthal s. 48. Fairley & Fleming s. 762 on esitetty erityistilanne öljyalan yrityksen ollessa kyseessä. Tällöin koron vähennysoikeus kielletään etuyhteysyritysten välillä, jos koron määrä ei ole käypä.

laina kyseisillä ehdoilla. Aikaisemmin veroviranomaiset käyttivät melko karkeita menetelmiä löytääkseen rajat alikapitalisointitilanteissa, mutta tällä hetkellä pyritään sallitut lainaamisen rajat löytämään niin sanotulla banking covenants -lähestymistavalla. Ajankohta, jota tarkastellaan, on lainanantohetki. Tutkiessaan tapauksia veroviranomaiset nojautuvat tiettyihin tunnuslukuihin, kuten oman ja vieraan pääoman suhteeseen ja kassavirtaan.¹¹⁸

Järjestelmän on oltava hallinnollisesti raskas, ja tuskin käytännössä veroviranomaisilla on mahdollisuutta tutkia monia tapauksia, jolloin automaattisesti rajatapausten tutkiminen jää vähemmälle ja muodostuu raja vieraan ja oman pääoman sallitulle suhteelle. Suojasatamasäännökseen erona on vain se, että tämä suhdeluku on laissa ilmaistuna, jolloin se luo selkeyttä ja varmuutta verovelvollisille. Myös Isossa-Britanniassa ovat monet asiantuntijat sitä mieltä, että suojasatamasäännökset olisivat paras tapa järjestää alikapitalisointisäännökset. Joka tapauksessa Ison-Britannian veroviranomaisten tulkinnat ovat kiinnostavia, sillä suojasataman rikkouduttua samantapaisia perusteluja ja näkökantoja voitaisiin ottaa myös Suomen käytäntöön.

USA:ssakin yhtiöoikeudellinen sääntely antaa yrityksille vapaat kädet rahoitusmuodon valinnan suhteen, eikä ulkomaalaisten osallistumista yhtiön toimintaan ole juuri rajattu. Etuyhteydessä olevien yritysten täytyy periä käypä korko¹¹⁹ lainasta. Jollei näin tehdä laskennallinen korko voidaan lisätä velkapääomaan. Sitä vastoin jos yhtiö ei jaa osinkoa, niin vastaavia yleisiä säännöksiä ei ole.¹²⁰ Alikapitalisointi USA:ssa pääasiallisesti viittaa tilanteisiin, joissa suorituksen luokittelu vieraaksi ja omaksi pääomaksi on epäselvä. Samoin alikapitalisoinnilla tarkoitetaan tilanteita, joissa yrityksellä on korkea vieraan ja oman pääoman suhde,

¹¹⁸ Fairley & Fleming s. 757-759

¹¹⁹ Katso Engle & Raineri s. 780-781, jossa on pyritty selventämään koron määritelmää. Korkein oikeus on tapauksessa *Old Colony R.R. v. Commissioner*, 284 Us 552, 560 (1932) määritellyt koron käsitteen seuraavasti: "the amount which one has contracted to pay for the use of borrowed money" eli määräksi, joka on sovittu maksettavan lainatun rahan käytöstä. Koron käsite on oikeusistuimissa perinteisesti katsottu verotuksellisessa tarkoituksessa olevan sama kuin sillä ymmärretään arkiajattelun pohjalta olevan.

¹²⁰ Engle & Raineri s. 783. Jossain tapauksissa voidaan kuitenkin verottaa jakamatta jätetyistä voitoista. Kyseessä voi olla *personal holding company*, jolloin yli 50 % yhtiöstä on viiden tai alle viiden henkilön omistuksessa, yhtiöllä on pääasiallisesti passiivista tuloa, eikä voittoa jaeta.

joka on yksi tekijä määritettäessä sitä, onko yhtiö alikapitalisoitu. Oikeuskäytännössä vieraan ja oman pääoman suhteen ollessa 700 ei se silti automaattisesti johtanut vieraan pääoman katsomista omaksi pääomaksi.¹²¹ Samoin tapauksessa *Fin Hay Realty Co. v. United States*, 398 F2d 694 (3rd Cir. 1968) alikapitalisointi oli ainoastaan yksi tekijä tulkittaessa sitä, voidaanko vieras pääoma tulkita omaksi pääomaksi. Vieraan ja oman pääoman suhdelukuun tuomioistuimet eivät ole muodostaneet mitään matemaattista yhtälöä, sillä tyypilliset vieraan ja oman pääoman suhteet vaihtelevat toimialoittain ja jopa tietyn teollisuuden alan sisällä. Yleisesti ottaen on kuitenkin katsottu, että vieraan ja oman pääoman suhdeluvun ollessa 3:1, alikapitalisointitilannetta ei muodostu. Jos suhdeluku on yli tuon rajan, niin tällöin tulee kiinnittää enemmän huomiota rahoituksen rakenteeseen yrityksessä. Rajan ylittäminen ei vielä sinänsä aiheuta vieraan pääoman erien katsomista omaksi pääomaksi, vaan tämä on vain yksi itsenäinen huomioon otettava seikka tarkasteltaessa rahoitusrakennetta.¹²² Katso edellä kappale hybridimuotoinen rahoitus USA:n osalta rahoitusinstrumenttien rajanvetoa omaan ja vieraaseen pääomaan. Yhteistä kaikille tulkinnoille on kuitenkin se, että ei ole esitetty mitään suojasatamasäännöstä, jonka olemassaolo takaisi sen, että yritys ei olisi alikapitalisoitu. Kaikki asiaan vaikuttavat tekijät ja olosuhteet tulee ottaa huomioon kokonaistarkasteluna.

USA:n alikapitalisointisäännökset earnings stripping -säännöstä huomioon ottamatta ovat samanlaiset Ison-Britannian säännösten kanssa siinä, ettei mitään suojasatamasäännöstä virallisesti ole. USA:ssa on kuitenkin yleisesti katsottu, että vieraan ja oman pääoman suhdeluvun ollessa 3:1 tai sen alle, alikapitalisointitilannetta ei ole. Kokonaistarkastelu on kuitenkin ratkaisevaa. Suomen osalta on hyvä tutkia myös USA:ssa esitettyjä periaatteita tapauskohtaisuudesta alikapitalisointitilanteissa.

¹²¹ Engle & Raineri s. 783, *Baker Commodities, Inc. v. Commissioner*, 48 TC 374 (1967)

¹²² Engle & Raineri s. 783-785

5. Etuyhteystilanteen muodostuminen ja rahoitusjärjestelyihin liittyvät ongelmat alikapitalisointitilanteissa

Alikapitalisointitilanteissa etuyhteystilanteen muodostuminen on keskeisessä asemassa, jotta säännöksiä voitaisiin soveltaa. Riippumattomien osapuolten välisissä toimenpiteissä lähtökohtaisesti olettamuksena on, että hinnoittelussa ja rahoituksen antamisessa käytetään markkinahintoja eli markkinaehtoisuuden periaate vallitsee. Tällöin ei ole syytä yleensä kieltää koron vähennyskelpoisuutta tai katsoa korkoa osingoksi. Hybridi-instrumenttien suhteen on kuitenkin muistettava rahoitusvälineen todellinen luonne, jonka mukaan tämä luokitellaan joko omaan tai vieraaseen pääomaan kuuluvaksi tai osittain jompaan kumpaan kategoriaan kuuluvaksi. Jos hybridi-instrumentin todellinen luonne on omaan pääomaan luokiteltavissa, niin tällöin koron nimikkeellä maksettu suoritus tulisi katsoa osingoksi, vaikka sinänsä osapuolten välillä ei etuyhteyttä muodostuisikaan. Kysymys yhtiöveron hyvityslain soveltumisesta herää tässä yhteydessä.¹²³ Aina eivät alikapitalisointisäännökset edellytä etuyhteystilanteen muodostumista kaikilta osin. Tästä esimerkkinä edellä käsitelty USA:n earnings stripping -säännöstö, jossa lainoihin lasketaan kaikki lainat riippumatta etuyhteystilanteen olemassaolosta. Lähtökohtana Suomen alikapitalisointisäännöksille tulee olla etuyhteystilanteen muodostuminen, mitä yleisesti muutoinkin pidetään lähtökohtana. Muun muassa IFA:n 50. kongressin päätöslauselmassa¹²⁴ on todettu, että jos riippumaton lainanantaja olisi myöntänyt kyseisen lainan niillä ehdoilla lainan myöntämishetkellä, tällöin ei

¹²³ Katso valtiovarainministeriö 2 s. 34-36, jossa peiteltyyn osingon verotuksen uudistamistyöryhmä ehdottaa, että osingonsaajalla olisi oikeus yhtiöveron hyvitykseen myös peiteltyyn osingon perusteella, ja että osingonsaajan veronalaiseksi tuloksi katsottaisiin peiteltyyn osingon lisäksi siihen liittyvä hyvitys. Perusteena on mainittu muun muassa, että osingon kahdenkertainen verotus on poikkeus verojärjestelmässämme yleensä noudatettavasta yhdenkertaisen verotuksen periaatteesta. Painavampana perusteluna on se, että tilanteen moitittavuus ei käytännössä juurikaan vaikuta seuraamusten kokonaismäärään. Peiteltyyn osinkoon liittyvää hyvitystä ei työryhmän mukaan kuitenkaan luettaisi osingonsaajana olevan luonnollisen henkilön tai kuolinpesän hyväksi verovuodelta ansiotuloista määrättyjen verojen määrää suurempana. Samoin peiteltyyn osinkoon liittyvään hyvitykseen ei sovellettaisi käyttämättömiä hyvityksiä koskevaa säätelyä.

¹²⁴ Vapaavuori s. 537

alikapitalisointisäännöksiä voidaan soveltaa. Tässä luvussa käsitellään etuyhteystilanteen muodostumisen kriteereitä.

Toinen vaikea ongelma alikapitalisointisäännösten käytännön toteuttamiselle on se, että kansainvälisen konsernin rahoitusjärjestelyissä voidaan toimenpiteet tehdä monen mutkan kautta, jolloin lainan alkuperäistä antajaa ei ole helppo jäljittää.¹²⁵ Tähän kysymykseen liittyvät pankin välityksin annettu laina eli back-to-back -laina sekä erilaisten vakuuksien käyttäminen osapuolten välillä. Valvonnalliset vaikeudet ovat yksi tekijä alikapitalisointitilanteissa, jos lähtökohtana on etuyhteystilanteen olemassaolo osapuolten välillä. Kansainvälisen tiedonvaihdon sujuminen olisi tärkeää alikapitalisointitilanteitakin ajatellen.

5.1 Yritysten välisen etuyhteystilanteen muodostuminen

Alikapitalisointisäännöksiin tulisi jollain tapaa määrittää etuyhteystilanteen muodostumisen edellytykset. Muodollisen määräysvallan lisäksi tulisi kiinnittää huomiota myös todelliseen määräysvaltaan toisessa yhtiössä. Alikapitalisointitilanne esiintyy yleensä silloin, kun emoyhtiö (lainanantaja) rahoittaa toisessa valtiossa olevaa tytäryhtiötä.

Isossa-Britanniassa alikapitalisointitilanteissa korko luokitellaan vähennyskeltottomaksi osingoksi tilanteissa, jossa lainan ottanut yhtiö on vähintään 75 %:n tytäryhtiö lainanantajalle tai molemmat ovat 75 %:n tytäryhtiöitä jollekin kolmannelle yritykselle. Vaikka lainasuhteen osapuolilla ei olisi suoranaista yhteyttä toisiinsa, niin silti lainan koron vähennyskelpoisuuteen voidaan puuttua, jos molemmat yritykset kuuluvat samaan iso-britannialaiseen ryhmään (UK grouping).¹²⁶

¹²⁵ Valtiovarainministeriö 1 s. 78 on pitänyt juuri etuyhteystilanteen selvittämistä ongelmallisena. Sen mukaan ulkomainen lainarahoitus voidaan suhteellisen helposti ohjata tytäryhtiöön välikäsien kautta, ja tytäryhtiön asuinvaltion veroviranomaisten on ehkä mahdotonta selvittää rahoitusjärjestelyjen alkuperäistä lähdettä. Aina ei selvityksen tarvetta välttämättä edes tiedosteta.

¹²⁶ Katso Fairley & Fleming s.755

Kuuluminen samaan ryhmään on kylläkin melko vaikeasti havaittavissa. Erityyppisiä tilanteita on kolme. Ensinnäkin iso-britannialainen yritys voi olla osa ryhmää, jos se on ainoa iso-britannialainen jäsen ryhmässä, jossa on ulkomainen yritys mukana. Tällöin iso-britannialaisella yrityksellä ei ole yhtään 51 %:n tytäryhtiötä, eikä se itse ole jonkun iso-britannialaisen yrityksen tytäryhtiö. Ryhmään kuuluminen voi muodostua myös tilanteessa, jossa brittiläisellä lainaavalla yhtiöllä on yksi tai useampi 51 %:n tytäryhtiö, eikä se ole samalla 51 %:n tytäryhtiö jollekin brittiläiselle yhtiölle. Tällöin se on osa brittiläistä ryhmää, jonka jäseniä ovat lainaava yhtiö ja sen yli 51 %:set tytäryhtiöt. Kolmanneksi yritys voi olla osa brittiläistä ryhmää, kun lainaava yhtiö on vähintään 51 %:n tytäryhtiö iso-britannialaiselle holding-yhtiölle. Tällöin lainaavan yhtiön kanssa samaan ryhmään kuuluvat lisäksi holding-yhtiö ja lainaavan yhtiön vähintään 51 %:set tytäryhtiöt. Ulkomaalainenkin yhtiö voi kuulua brittiläiseen ryhmään silloin, kun se on vähintään 51 %:n tytäryhtiö brittiläiselle holding-yhtiölle, joka kuuluu brittiläiseen ryhmään. Usein holding-yhtiö onkin ryhmittymän ylin yritys. Jos näissä ryhmän sisäisissä lainauksissa riippumaton osapuoli ei olisi lainannut yritykselle ilman takuuta brittiläiseltä holding-yhtiöltä, niin on parempi tällöin asettaa aito takuu lainalle, jotta alikapitalisointisäännösten soveltamiselta vältyttäisiin. Veroviranomaiset eivät ole kuitenkaan niin tiukasti soveltaneet takuuden vaatimusta ryhmän sisäisissä lainaustilanteissa. Tällöin on käytännössä alikapitalisointisäännösten soveltamisedellytyksiä tutkittaessa tarkasteltu ainoastaan sitä, olisiko lainan saanut yritys saanut sen myös kolmannelta eli riippumattomalta osapuolelta.¹²⁷ Alikapitalisointisäännöksiä voidaan siis soveltaa myös silloin, kun lainanantajana on muukin kuin osakkeenomistaja suoraan tai välillisesti. Tällöin kuitenkin lainanantajan tulee olla etuyhteydessä oleva yritys (related company). Alikapitalisointisäännökset eivät tule kyseeseen silloin, kun lainanantajana on riippumaton taho.¹²⁸

USA:ssa earnings stripping -säännösten osalta yhtiöiden katsotaan olevan etuyhteydessä (related), jos yhteinen omistusosuus on yli 50 % suoraan tai välillisesti

¹²⁷ Katso tarkemmin Fairley & Fleming s. 755-757, jossa on erilaiset ryhmätilanteet esitetty myös kuviaina.

¹²⁸ Fairley & Fleming s. 760

jostakin yhtiöstä.¹²⁹ Omistuksen osalta ratkaisevaa on todellinen määräysvalta, eikä niinkään muodollinen omistususuuden vaatimus. Suomenkin säännöksissä on painoarvoa annettava enemmän todellisen määräysvallan käsitteelle, sillä muodollinen määräysvalta ei aina välttämättä kerro todellista tilannetta. Vaikeutena on taas näyttökysymykset sekä veroviranomaisten rajalliset resurssit tutkia kaikkia tapauksia yksityiskohtaisesti.

Yritysryhmittymien välisiin järjestelyihin pyritään siis puuttumaan alikapitalisointisäännöksissä. Yritysröppäiden olemassaolo maan sisälläkin pyritään huomioimaan. Jos tällaisia säännöksiä ei olisi, sallittua vieraan ja oman pääoman määrää voitaisiin lisätä moninkertaiseksi, sillä normaalitapauksessa alikapitalisointisäännökset soveltuvat ulkomaille maksettavaan korkoon tai sellaiselle kotimaiselle yhteisölle, joka ei ole verovelvollinen tulosta, maksettavaan korkoon. Kyseinen ongelma on tunnettu nimellä cascade effect¹³⁰ eli kertautumisvaikutus. Eri maat pyrkivät vähentämään kyseisen efektin vaikutusta eri tavoin. Peruseriaate kertautumisvaikutuksella on se, että yritysryhmän jäsenet voivat lainapääomaa ottamalla rahoittaa seuraavan ryhmän jäsentä oman pääoman ehdoin, jolloin tämä voi edelleen ottaa lainaa suojasäännön osoittaman suhdeluvun verran. Suomenkin säännöksissä tulisi huomioida kertautumisvaikutuksen olemassaolo joko ottamalla asiasta säännös suoraan alikapitalisointisäännökseen tai katsoa se yleisemmin ohjeistettavaksi esimerkiksi verohallituksen kautta.

Saksan ja Japanin käyttämät keinot poikkeavat olennaisesti toisistaan. Saksalainen emoyhtiö, jolla on tytäryhtiö tai tytäryhtiöitä Saksassa joutuu vähentämään laskiessaan hyväksyttävää vieraan pääoman määräänsä sijoitukset tytäryhtiöihin Saksassa, vaikka tytäryhtiöillä ei olisi ulkomaalaista etuyhteydessä olevaa lainaa laisinkaan. Sama järjestely jatkuu aina seuraaviin tytäryhtiöihin, mutta alimpana ketjussa oleva voi pitää oman pääomansa määränä emoyhtiöltä tulleita sijoituksia,

¹²⁹ Engle & Raineri s. 789

¹³⁰ Piltz s. 113, jossa on esitetty numeroesimerkein kyseisen kertautumisvaikutuksen toimintaperiaatetta.

jolloin käytännössä alimpana ketjussa oleva tytäryhtiö voi ottaa paljon vierasta pääomaa.¹³¹

Japanissa sitä vastoin oman pääoman määrää laskettaessa vähennetään lainat, jotka ulkomaalainen etuyhteydessä oleva osapuoli on lainannut emoyhtiölle, jos kyseiset lainat edelleensijoitetaan japanilaiselle tytäryhtiölle omana pääomana. Jos tytäryhtiön oma pääoma ylittää emoyhtiön oman pääoman, niin tytäryhtiön pääomasta vähennetään suojasäännöksiä laskettaessa joko ylimenevä osa tai emoyhtiön ulkomaiselta etuyhteydessä olevalta osapuolelta saama vieraan pääoman määrä. Tytäryhtiön omasta pääomasta vähennetään tällöin aina luvuista pienempi.¹³²

Verrattuna Saksaan Japanin lainsäädäntö on tasapuolisempi eri yhtiöportaiden välillä, mutta sallitut korkojen vähentämiset ovat pienemmät yhteensä. Saksassa on lisäksi erityissäännöksiä holding-yhtiöiden varalle. Holdingyhtiöiden vieraan ja oman pääoman suhde voi olla 9:1, eikä sen sijoituksia tytäryhtiöilleen vähennetä holdingyhtiön pääomasta. Sitä vastoin ulkomainen osakkeenomistaja ei voi lainata holdingyhtiön tytäryhtiölle vieraan pääoman ehdoin, mutta holdingyhtiö voi emoyhtiönä lainata eteenpäin tytäryhtiöilleen.¹³³

Suomessakin veroviranomaisilla tulisi olla mahdollisuus puuttua konsernin rahoitusjärjestelyihin maan sisällä. Kertautumisvaikutus tulisi ottaa huomioon siten, että oman pääoman sijoitukset johonkin konsernin yritykseen voitaisiin olla huomioimatta oman pääoman määrää laskettaessa, jos oman pääoman ehtoinen sijoitus on tehty tarkoituksena saada vähentää enemmän korkomenoja suhdeluvun kasvaessa. Oman pääoman pienentymisellä verovelvollisen vaatimuksesta ei ole luonnollisesti merkitystä, jos korkomenot eivät kohdistu etuyhteyksyritykseltä otettuun lainaan. Japanin säännös olisi mielekkäämpi siinä mielessä, että se kohtelee tasapuolisesti eri yhtiöportaita. Toisaalta Suomen säännöksen tulisi myös mahdollistaa

¹³¹ Piltz s. 114

¹³² Ori s. 530 ja Piltz s. 114

¹³³ Piltz s. 115-116

markkinaehtoisuus, jolloin rahoitusjärjestelyille konsernissa ja maan sisällä olisi mahdollista esittää hyväksyttävät perustelut.

5.1.1 Omistusosuuden merkitys etuyhteystilanteen muodostumiselle

Edellisessä kappaleessa on käsitelty USA:n ja Ison-Britannian osalta omistusosuuden merkitystä etuyhteystilanteen muodostumiselle ja alikapitalisointisäännösten soveltamiselle. USA:ssa omistusosuuden tuli olla yli 50 % etuyhteystilanteen muodostumiseksi, mutta ratkaisevana pidetään todellista määräysvaltaa. Ison-Britannian vastaavia säännöksiä voidaan pitää melko monimutkaisina. OECD:n maiden osalta omistusosuuden vaatimukset vaihtelevat yleensä 25 %:stä 50 %:iin, mutta esimerkiksi Australiassa omistusosuuden vaatimus on yli 15 %, mutta siellä ei oteta välillistä omistamista huomioon. Yleensä sekä välitön että välillinen omistaminen lasketaan mukaan alikapitalisointisäännöksissä. Vaadittava osuus voidaan laskea joko osakkeiden omistuksen tai äänivallan suhteen tai sitten molemmat voidaan ottaa huomioon.¹³⁴ Todelliselle määräysvallalle tulisi antaa merkitystä säännöksissä. Muistettava siis oli, ettei ilman etuyhteystilannetta alikapitalisointisäännöksiäkään voida soveltaa.

Suomen osalta tulee myös miettiä etuyhteystilanteen muodostumista. Uudessa kirjanpitolaissa on säännökset omistusyhteyksistä ja osakkuusyhteyksistä. Perinteisestihän on konsernin katsottu muodostuvan, kun jokin yhtiö omistaa yli 50 % toisesta yhtiöstä joko suoraan tai välillisesti. Omistus voi perustua osakkeiden omistamiseen tai äänienemmistöön. Uuden kirjanpitolain 1 luvun 6 §:ssä on määritelty konserniyritys, emoyritys ja tytäryritys. Konsernisuhteen syntymiselle riittää sen mukaan välillinen omistus. Määräysvallan osalta viitataan KPL 5 §:ään. Sen mukaan määräysvalta syntyy, kun kirjanpitovelvollisella on enemmän kuin puolet kohdeyrityksen kaikkien osakkeiden tai osuuksien tuottamasta äänimäärästä ja tämä äänten enemmistö perustuu omistukseen, jäsenyyteen, yhtiöjärjestykseen,

¹³⁴ Katso Piltz s. 117-118.

yhtiösopimukseen tai niihin verrattaviin sääntöihin taikka muuhun sopimukseen. Määräysvalta voi myös syntyä, kun kirjanpitovelvollisella on oikeus nimittää tai erottaa enemmistö jäsenistä kohdeyrityksen hallituksessa tai siihen verrattavassa toimielimessä, jolla on tämä oikeus, ja oikeus perustuu samoihin seikkoihin kuin mihin ääntenenemmistökin perustui. Lisäksi on äänestysrajoituksen huomioimisesta ja omista osakkeista säädetty, miten ne vaikuttavat konsernin muodostumiseen. Konsernin tulee ilmoittaa muun muassa tytäryhtiöidensä nimet konsernitilinpäätöksessään, jolloin alikapitalisointitilanteiden valvonta helpottuu tältä osin. Selväähän on, että konsernin väliset toimenpiteet täyttävät etuyhteyden vaatimuksen, jolloin yli 50 % todellinen omistus on ratkaisevaa.

Etuyhteystilanne voi syntyä muutenkin kuin konsernin välisissä toimenpiteissä. Uuden kirjanpitolain 1 luvun 7 §:n¹³⁵ mukaan omistusyhteisyritys (participating interest) on sellainen konserniin kuulumaton yritys, jossa omistusosuuden perusteella syntyy yritysten välille pysyvä yhteys, ja tämä yhteys on tarkoitettu edistämään yritysten välistä toimintaa. Säännös on otettu kirjanpitolakiin Euroopan yhteisöjen 4. tilinpäätösdirektiivin 17. artiklan vaikutuksesta. Suomessa omistusyhteisyrittäjä pidetään aina sellaista yritystä, jonka pääomasta yhtiö omistaa vähintään 20 %. Luku voidaan direktiivin mukaan asettaa pienemmäksi. Jos omistus muodostaa yritysten välille pysyvän yhteyden ja on tarkoitettu edistämään liiketoimintaa, voi myös pienempi omistusosuus riittää siihen, että yritystä pidetään omistusyhteisyrittäjänä. Euroopan yhteisöjen 7. tilinpäätösdirektiivin mukaisesti on kirjanpitolakiin otettu myös osakkuusyrityksen¹³⁶ (associated company) määritelmä. Osakkuusyrityksen

¹³⁵ KPL 1. luku 7 §: Omistusyhteisyritys. Omistusyhteisyritys on kirjanpitovelvollisen konserniin kuulumaton kotimainen tai ulkomainen yritys, jossa kirjanpitovelvollisella on sellainen omistusosuus, joka luo kirjanpitovelvollisen ja yrityksen välille pysyvän yhteyden ja on tarkoitettu edistämään kirjanpitovelvollisen tai sen kanssa samaan konserniin kuuluvan yrityksen toimintaa. Jollei kirjanpitovelvollinen muuta näytä, yritystä pidetään omistusyhteisyrittäjänä, jos kirjanpitovelvollisella on vähintään viidesosa yrityksen osakepääomasta tai vastaavasta pääomasta.

¹³⁶ KPL 1. luku 8 §: Osakkuusyritys. Osakkuusyritys on omistusyhteisyritys, jossa kirjanpitovelvollisella on huomattava määräysvalta liiketoiminnan ja rahoituksen johtamisessa, mutta joka ei kuulu kirjanpitovelvollisen konserniin. Jollei kirjanpitovelvollinen muuta näytä, omistusyhteisyrittäjä pidetään osakkuusyrityksenä, jos kirjanpitovelvollisella on vähintään viidesosa ja enintään puolet omistusyhteisyrittäjä osakkeiden tai osuuksien tuottamasta äänimäärästä.

syntymiselle on myös huomattavan vaikutusvallan muodostuminen ratkaisevaa. Osakkuusyrityssuhteeseen riittää omistusosuus, joka saa aikaan pysyvän yhteyden yritysten välillä ja on tarkoitettu edistämään kirjanpitovelvollisen toimintaa, jos kirjanpitovelvollisella on samanaikaisesti myös huomattava vaikutusvalta toisen yrityksen johtamisessa ja rahoituksessa. Muutoin osakkuusyrityksenä pidetään sellaista omistusyhteyseritystä, josta kirjanpitovelvollinen omistaa vähintään viidesosan, mutta kuitenkin enintään puolet osakkeiden tai osuuksien tuottamasta äänimäärästä. Käytännössä niin omistusyhteyseritys- kuin osakkuusyritysaseman olemassaolo tulisi kuitenkin käytännössä pääsääntöisesti arvioitavaksi omistusrajojen puitteissa.¹³⁷

Alikapitalisointisäännöksissä etuyhteystilanteen muodostumiseen voisi hakea tulkinta-apua omistusyhteys- ja osakkuusyrityksen määritelmistä. Etuyhteystilanteen muodostuminen konserniyritysten välisten toimenpiteiden lisäksi voisi ulottaa myös omistusyhteyserityksiin. Tällöin vero- ja kirjanpitolait olisivat ainakin tässä kohden yhteneväisiä. Kirjanpitolakiin otetut määritelmät kyseisistä yrityksistä muodostavat selvästi etuyhteystilanteen. Alikapitalisointisäännöksen omistusosuuden määritelmää ei ole syytä rajoittaa konsernin määritelmään. Omistusyhteyserityksen määritelmässä alle 20 %:n omistusosuus riitti muodostamaan kyseisen suhteen, jos pysyvä yhteys yritysten välille muodostuu ja se on tarkoitettu edistämään yritysten välistä toimintaa. Tällä tavoin yritykset eivät voisi kiertää muodollista omistusosuuden vaatimusta, jolloin ratkaisevaksi tekijäksi nousee todellinen määräysvalta ja todellinen intressiyhteys yritysten välillä.

Mitä 1. momentissa säädetään, sovelletaan myös, jos kirjanpitovelvollisella yhdessä yhden tai useamman tytäryrityksensä taikka kirjanpitovelvollisen tytäryrityksellä yksin tai yhdessä muiden tytäryritysten kanssa on huomattava vaikutusvalta ja 7 §:ssä (omistusyhteyseritys) tarkoitettu omistusosuus yrityksessä. Edellä 1. momentissa tarkoitettua ääniosuuden laskemisessa sovelletaan, mitä 5 §:n 2 ja 3 momentissa säädetään.

¹³⁷ Osaakeyhtiölain ja kirjanpitolain uudistukset, Jouko Karttunen

5.1.2 Osapuolien oikeudellisen muodon merkitys alikapitalisointitilanteiden muodostumiselle

Isossa-Britanniassa alikapitalisointisäännökset pätevät vain, jos lainaajana on yhtiö (company). Jos ulkomainen yhtiö harjoittaa liiketoimintaa Isossa-Britanniassa välittäjän (agency) tai jonkin ketjun (branch) kautta, niin korot ovat yleisesti ottaen vähennyskelpoisia liiketoiminnan korkoina. Sisäisen lain kieltäessä koron vähennyskelpoisuuden voi verosopimusten syrjäntäkieltoartikla antaa kuitenkin mahdollisuuden vähentää korko. Tällainen korko voi olla alikapitalisointisäännöksen piirissä, sillä Ison-Britannian alikapitalisointisäännökset eivät sulje ulkomaisia yrityksiä pois sen soveltamisen piiristä. Tällöin ulkomaiselta yhtiöltä voidaan ainoastaan kieltää koron vähennysoikeus, mutta sinänsä suoritusta ei voida katsoa osingoksi, sillä yritys ei ole velvollinen maksamaan ACT:tä.¹³⁸ USA:ssa ei ole erityistä säännöstä, joka rajoittaisi joitakin yhtiömuotoja pois säännösten soveltamisen piiristä.

Alikapitalisointitilanteissa on kyse etuyhteystaholta tulevasta liiallisesta vieraan pääoman rahoittamista suhteessa oman pääoman ehtoiseen sijoittamiseen, jolloin koron vähennyskelpoisuutta hyväksi käyttäen pyritään lainaavan valtion osalta minimoimaan veroja. Myös kokonaisuuden kannalta veroja minimoidaan. Suurimman menetyksen kärsii lainaavan valtion veronsaaja. Luonnolliset henkilöt lainaajina eivät tule kyseeseen alikapitalisointisäännöksiä tehtäessä, sillä luonnolliset henkilöt eivät voi edes maksaa osinkoa. Osinkoa eivät voi myöskään maksaa avoin tai kommandiittiyhtiö. Osakeyhtiöt voivat ainoastaan maksaa osinkoa, jolloin alikapitalisointisäännökset pätevät silloin, kun lainaajana on osakeyhtiö. Osuuskuntaan voitaneen myös säännöksiä soveltaa. Sitä vastoin lainan antavan tahon oikeudellisella muodolla ei pitäisi olla suurta merkitystä. Ajatellaan vaikkapa tilannetta, jossa ulkomailla asuva enemmistöosakas, joka on luonnollinen henkilö, on lainannut suomalaiselle osakeyhtiölle yli sallitun suhdeluvun, eikä yritys voi

¹³⁸ Fairley & Fleming s. 761

muutoinkaan osoittaa markkinaehtoisuuden vallitsevan lainan ehdoissa. Tällöin alikapitalisointisäännöksiä mukaan tulee voida puuttua koron vähennyskelpoisuuteen tai sen katsomiseen osingoksi.

5.2 Emoyhtiön tytäryhtiölleen antaman välillisen rahoituksen vaikutus alikapitalisointitilanteissa

Alikapitalisointitilanteissa yritykset saattavat pyrkiä peittämään etuyhteysominaisuuden erilaisilla lainajärjestelyillä, joissa alkuperäistä lainanantajaa on vaikea jäljittää. Jos etuyhteystilannetta yritysten välillä ei voida havaita, niin tällöin ei myöskään yleensä voida soveltaa alikapitalisointisäännöksiä. Tällaisista rahoitusjärjestelyistä ehkä yleisimmin käytetään pankin välityksin annettavaa lainaa eli back-to-back -lainaa.

5.2.1 Back-to-back -lainojen käsittely alikapitalisointitilanteessa

Back-to-back -lainoissa ulkomaalainen osakkeenomistaja tekee talletuksen pankkiin, jonka jälkeen pankki lainaa rahat tai esimerkiksi osan siitä tytäryhtiölle. Tärkeä kysymys back-to-back -lainojen osalta on se, miten käsitellään lainoja riippuen pankin sijaintivaltioista. Isossa-Britanniassa yleisesti ottaen back-to-back -lainat tai lainat riippumattomalta taholta, vaikka emoyhtiö olisi taannut lainat, eivät tule kyseeseen sovellettaessa alikapitalisointisäännöksiä. Veronkiertosäännökset saattavat toisinaan soveltua lainajärjestelyihin (anti-abuse doctrine), mutta vain harvoin veroviranomaiset ovat pystyneet näyttämään toteen keinotekoisien järjestelyjen. Sitä vastoin Ison-Britannian solmimien verosopimusten etuyhteydessä olevien yritysten artiklasta (Associated Enterprises) saattaa löytyä mahdollisuus puuttua koron vähennyskelpoisuuteen. Sen mukaan etuyhteydessä olevien yritysten välisiin järjestelyihin voidaan puuttua siten, että ne katsotaan tehdyiksi niin kuin riippumattomien yritysten välillä olisi toimittu. Ison-Britannian lain mukaan

verosopimusten määräyksiä noudatetaan normaalisti kuten sisäisiäkin säännöksiä. Veroviranomaiset tulkitsevat määräystä niin, että koron vähennyskelpoisuus voitaisiin evätä esimerkiksi back-to-back -lainajärjestelyiden yhteydessä, vaikka Iso-Britannian sisäinen laki ei tätä sallisikaan. Yleisen näkemyksen mukaan verosopimukset eivät kuitenkaan voi tiukentaa sisäisessä laissa annettuja säännöksiä verovelvollisen kannalta. Verosopimukset voivat vain lieventää sisäisen lain antamia määräyksiä. Tässä tapauksessa verosopimus antaisi mahdollisuuden koron vähennysoikeuden kieltämiseen, mutta vain siinä tapauksessa, jos tällainen määräys olisi otettu myös Ison-Britannian sisäiseen lakiin.¹³⁹

USA:ssa on earnings stripping -säännösten osalta otettu varauma back-to-back -lainojen käsittelyn osalta. USA:n oikeuskäytännössä on aiemmin käsitelty vastaavanlaista tapausta. Kyseisessä tapauksessa yhdysvaltalainen yritys lainasi rahaa hollantilaiselta pankilta. Hollantilainen pankki oli puolestaan lainannut alunperin kyseiset rahat yhdysvaltalaisen yrityksen ulkomaalaiselta emoyhtiöltä. Lainaa käsiteltiin yhdysvaltalaisen tytäryhtiön lainana ulkomaiselta emoyhtiöltään. Jos sen sijaan yhdysvaltalainen yritys maksaa korkoa kolmannelle, riippumattomalle osapuolelle, niin tällöin voitaisiin mahdollisesti katsoa, että lainaa yhdysvaltalaiselle tytäryhtiölle ei käsiteltäisikään ulkomaalaiselta etuyhteydessä olevalta taholta saatuna lainana.¹⁴⁰

Yleensä alikapitalisointisäännöksissä otetaan huomioon back-to-back -lainajärjestelyt ja vastaavat järjestelyt katsomalla tällainen laina otetuksi etuyhteydessä olevalta ulkomaalaiselta taholta. Säännökset eroavat toisissaan kuitenkin yksityiskohdissa. Pitäisikö sitten alikapitalisointisäännöksissä ottaa huomioon sellainen back-to-back -laina, jossa välikätenä toimiva pankki on samassa valtiossa kuin lainaava osapuoli. Lainaaajan maksaessa korkoja sen verotettava tulos pienenee vastaavasti. Tällöin kuitenkin välittäjänä toimivan pankin tulot kasvavat saatujen korkojen määrällä. Tämän jälkeen pankki maksaessaan korkoja etuyhteydessä olevalle osapuolelle

¹³⁹ Fairley & Fleming s. 760-761

¹⁴⁰ Engle & Raineri s. 791

vähentää samalla omaa verotettavaa tulostaan, jolloin kokonaisuudessa verotulot vähenevät lainaavan yrityksen asuinvaltiossa. Saksan alikapitalisointisäännökset sallivat koron vähentämisen kotimaiselle pankille, jos pankin koron maksamiset ulkomaiselle osakkeenomistajalle eivät ole yhteydessä tytäryhtiön lainaan.¹⁴¹ Tällaisessa tilanteessa herää kysymys siitä, miten verovelvollinen pystyy osoittamaan veroviranomaisille, etteivät lainat ole yhteydessä toisiinsa. Jos back-to-back -lainojen osalta ei huomioitaisi myös lainaavan yrityksen asuinvaltion pankin välityksin annettua ja todellisuudessa ulkomaiselta etuyhteystaholta saatavaa lainaa, niin kansainvälisissä etuyhteysyritysten välisissä lainajärjestelyissä lainaavan asuinvaltion pankin välityksin annetut lainat kasvattaisivat varmasti suosiotaan. Vapaiden rahamarkkinoiden aikana rahoitus- ja lainajärjestelyjä on helppo tehdä eri maiden kautta. Alikapitalisointisäännöksiä nimenomainen tarkoitus on estää liiallinen vieraalla pääomalla rahoittaminen, jolloin on syytä puuttua myös järjestelyihin, jotka tehdään lainaajan asuinvaltion pankin kautta. Suomen alikapitalisointisäännöksiin on otettava määräys back-to-back -lainojen osalta, jolloin pankin kansalaisuudella ei ole väliä alikapitalisointisäännöksiä tulkittaessa, jos suoritus lopulta ohjautuu ulkomaiselle etuyhteydessä olevalle taholle. Yleiseen etuyhteydessä olevalta taholta saadun lainan koron vähennysoikeuden kieltämiseen tai sen lukemiseen osingoksi ei tulisi tukeutua, vaan back-to-back -lainojen osalta on otettava selkeä säännös alikapitalisointisäännökseen.

5.2.2 Takuujärjestelyiden huomioon ottaminen alikapitalisointitilanteessa

Takuujärjestelyiden huomioon ottaminen vaihtelee myös eri maiden alikapitalisointilainsäädännöissä. Takuujärjestelyissä on kysymys tilanteesta, jossa esimerkiksi tytäryhtiölle on jokin riippumaton osapuoli myöntänyt lainan. Lainaan on otettu kuitenkin ehto, joka voi perustua takaukseen, vakuuden antamiseen tai johonkin muuhun sitoumukseen, että tytäryhtiön ulkomailla sijaitseva emoyhtiö maksaa lainan takaisin, ellei tytäryhtiö pysty itse sitä takaisin maksamaan. Ongelmaksi voi muodostua alikapitalisointisäännöksiä tulkittaessa se, miten vahva täytyy emoyhtiön

¹⁴¹ Piltz s. 107

sitoumuksen lainan mahdollisesta takaisin maksamisesta olla. Samoin kuin back-to-back -lainojenkin osalta pitää miettiä, mikä vaikutus on lainaajan kansallisuudella. Jos korkoa maksetaan riippumattomalle osapuolelle lainaavan tahon asuinvaltioon, niin tällöin ei alikapitalisointisäännöksissä tarvitse huomioida tällaista koron maksua edellyttäen, että riippumaton osapuoli ei maksa korkoa puolestaan tytäryhtiön ulkomaiselle emoyhtiölle.¹⁴²

Earnings stripping -säännösten kiertämiseksi (katso jäljempänä kappale 5.3.1) on USA:ssa useita säännöksiä laissa ja veroviranomaisten antamissa määräyksissä.¹⁴³ Earnings stripping -säännöstyössä on lainan vakuuksien osalta veron kiertämistä koskeva määräys. Sen mukaan 31. joulukuuta 1993 jälkeen kaikki kolmannelta, riippumattomalta osapuolelta otetut lainat, jotka ei-verovelvollinen tai ulkomaalainen etuyhteydessä oleva yritys on taannut, katsotaan etuyhteydessä olevalta osapuolelta saaduksi lainaksi edellyttäen, ettei lainasta maksettuja korkoja veroteta USA:ssa. Tämä säännös käsittelee kolmannelta osapuolelta otettuja lainoja kuten back-to-back -lainojen osaltakin tehdään. Takuuehdoin otettua lainaa ei kuitenkaan pidetä etuyhteyksyritykseltä otettuna lainana, jos takaajalle maksettua korkoa voidaan verottaa USA:ssa. Jos lainan antanut taho omistaa suoraan tai välillisesti vähintään 80 % takuun antaneesta yrityksestä, niin tällöin ulkomaalaisen tytäryhtiön takuuta käsitellään sijoituksena Yhdysvaltoihin. USA:n veroviranomaisilla on lisäksi oikeus antaa määräyksiä koskien lainan takuujärjestelyitä earnings stripping -säännöksiä tulkittaessa.¹⁴⁴

¹⁴² Katso Piltz s. 108, jossa on lisäksi lueteltuina valtioita, jotka alikapitalisointilainsäädännössään ottavat huomioon takuujärjestelyiden olemassaolon rahoitusjärjestelyissä. Esimerkiksi Australiassa, Kanadassa ja Japanissa osakkeenomistajan takaamaa lainaa ei pidetä osakkeenomistajan lainana.

¹⁴³ Katso Levasseur s. 22-23, jossa on selvitetty USA:n oikeusjärjestelmän perusteita. Liittovaltion laki (federal law) on periaatteessa osavaltioiden lakien yläpuolella (state law). Jos osavaltion lait eivät ole perustuslain (Constitution) vastaisia, niin tällöin ne kuitenkin ajavat ohi liittovaltion säännösten. Kansainväliset sopimukset ovat periaatteessa samalla tasolla hierarkiassa kuin liittovaltion lakikin. Lazerow s. 332-334 on kuvailtu verolakien syntyä. Käytännössä IRS:llä on paljon määräysvaltaa verosäädösten antamisessa. Ison-Britannian oikeusjärjestelmään voi puolestaan tutustua muun muassa Waldron s. 3-7. USA:n oikeusjärjestelmä on alunperin kehittynyt juuri brittiläisen common law -järjestelmän kautta. Isossa-Britanniassa vastoin USA:n käytäntöä oikeusistuimet eivät voi pitää jotain lakia perustuslain vastaisena.

¹⁴⁴ Engle & Raineri s. 790

Suomenkin alikapitalisointilainsäädännössä tulisi ottaa huomioon takuujärjestelyiden kautta tapahtuva epäsuora rahoittaminen. Kun esimerkiksi suomalainen tytäryhtiö on ottanut lainaa riippumattomalta taholta, mutta suomalaisen tytäryhtiön ulkomainen emoyhtiö on taannut lainan, tulisi meilläkin olla mahdollisuus puuttua tällaiseen järjestelyyn. Käytännössä voi tosin olla hankala osoittaa takuujärjestelyiden olemassaolo juuri ulkomaiselta etuyhteydessä olevalta yritykseltä. Jos lainasta maksetut korkotulot voidaan todellisuudessa verottaa Suomessa, niin tällöin ei luonnollisesti ole syytä puuttua järjestelyyn. Alikapitalisointisäännöksen on hyvä ottaa määräys takuujärjestelyiden varalle silloin, kun korkotuloja ei todellisuudessa voida verottaa Suomessa. Kaikkia mahdollisia tilanteita ei mitenkään voida huomioida, jolloin sanamuodon tulisi olla melko yleisluontoinen, mutta esimerkiksi verohallitus voisi antaa tarkempia ohjeita erilaisten vaihtoehtojen ilmaantuessa.

5.3 Valvonnalliset vaikeudet yritysryhmittymien rahoitusjärjestelyissä

Alikapitalisointitilanteiden hahmottaminen saattaa olla vaikeaa, sillä kansainvälisillä konserneilla on mahdollisuudet esimerkiksi back-to-back -lainojen tai takuujärjestelyiden avulla kiertää alikapitalisointisäännöksiä. Tarkoituksena kuitenkin on puuttua liialliseen vieraalla pääomalla rahoittamiseen silloin, kun rahoitus tulee etuyhteydessä olevalta taholta. Tarkoituksena yrityksillä on hyötyä koron vähennyskelpoisuuden tuomasta edusta. Hybridi-instrumenttien osalta eri maiden erilaiset verokohtelut voivat johtaa verohyödyn kasvamiseen ja tilanteeseen, jossa tosiasiassa veroa ei peritä missään vaiheessa. Reaalimaailman kaikkiin erilaisiin rahoitusjärjestelyihin on lainsäädännöllä mahdotonta puuttua etukäteen tarkalla tasolla, jolloin veronkiertosäännöksen käyttäminen on yksi ratkaisu tämäntyyppiseen ongelmaan. Veronkiertosäännöksiin nojaten on mahdollista puuttua sellaisiin reaalimaailman tilanteisiin, joihin ei ole olemassa valmista lainsäädäntöä, mutta jossa toimenpiteen selvänä tarkoituksena on ollut toimia pelkästään veronkiertämistarkoituksessa. Alikapitalisointisäännöksiin tuo tulkinnanvaraisuutta suojasatamasäännöksen käyttäminen. Tällöin oman ja vieraan pääoman välisen

suhteen sallitun suhdeluvun ylittämisen jälkeenkin on mahdollista osoittaa toimenpiteelle markkinaehtoinen syy, jolloin alikapitalisointisäännöksiä ei voida soveltaa. Samoin jonkin uuden rahoitusinstrumentin verokohtelu saattaa olla epävarmuudessa, jos verolakeja ei ole muutettu uuden rahoitusinstrumentin tunnistamiseksi. Tämä on yleensä mahdollista vasta jälkikäteen, jolloin verovelvollisen oikeusturvan kannalta on tärkeää saada tietää verotuskohtelu etukäteen. Lainsäädännössä ei voida varmasti etukäteen säätää kaikkia tilanteita tarkasti. Tämän takia verovelvollisella tulisi olla mahdollisuus pyytää sitova ennakkotieto myös alikapitalisointitilanteissa suhdeluvun mahdollisesti ylittyessä. Erilaisten uusien rahoitusinstrumenttien osalta olisi hyvä olla jonkinlaiset valmiit luokitteluperusteet, joiden avulla rahoitusväline voidaan mahdollisimman selkeästi luokitella joko omaan tai vieraaseen pääomaan. Erilaisia kriteerejä erottamaan oman ja vieraan pääoman rahoitusta tulisi olla mahdollisimman kattavasti, jotta luokittelu olisi alusta alkaen selkeää ja johdonmukaista. Verovelvollisenkin oikeusturva parantuisi huomattavasti, kun tämä tietää, miten veroviranomaiset käsittelevät minkäkin tyyppistä rahoitusvälinettä. Veroviranomaisten ohjeistushan ei sinänsä sido tuomioistuimia, jotka voivat tapauskohtaisesti ratkaista kunkin tapauksen siinä olevien yksilöllisten tekijöiden perusteella. Tilanne muuttuu, jos lailla tai asetuksella on annettu sitova luokitteluvaltuutus jollekin taholle.

5.3.1 Veronkiertosäännöksen käyttäminen alikapitalisointitilanteessa

Veronkiertosäännös on tarpeellinen alikapitalisointisäännöksissäänkin, sillä kaikkia reaalia maailman tilanteita ei voida ennakoita. Verotusmenettelylain 28 §:ssä 1. momentissa¹⁴⁵ on yleinen veronkiertosäännös, jonka mukaan, jos toimenpiteelle on annettu sen luonnetta vastaava oikeudellinen muoto ja verosta on yritetty vapautua,

¹⁴⁵ VML 28 § 1. mom: Veron kiertäminen. Jos jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta, on verotusta toimitettaessa meneteltävä niin kuin asiassa olisi käytetty oikeaa muotoa. Jos kauppahinta, muu vastike tai suoritus aika on kauppa- tai muussa sopimuksessa määrätty taikka muuhun toimenpiteeseen on ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, voidaan verotettava tulo ja omaisuus arvioida.

tällöin verotus voidaan toimittaa niin kuin asian todellinen luonne edellyttää. Verotusmenettelylain veronkiertosäännös on luonteeltaan yleinen säännös, johon turvautuminen tulisi muutoinkin olla poikkeuksellista. Alikapitalisointitilanteissa olisi kaiketi mahdollista puuttua verotusmenettelylain veronkiertosäännöksellä esiintyviin tilanteisiin, mutta selvyyden kannalta olisi hyvä ottaa alikapitalisointisäännöksiin oma veronkiertosäännöksensä.¹⁴⁶ Esimerkiksi back-to-back -lainojen, takuujärjestelyiden tai useiden välikäsien käyttämisen osalta veronkiertotilanne voi tulla ajankohtaiseksi. Tällöin olisi hyvä voida puuttua toimenpiteisiin juuri nimenomaisen alikapitalisointisäännöksen avulla. Lähes aina on kyseessä eri maiden välillä tapahtuvat toimenpiteet.

Isossa-Britanniassa veronkiertosäännökset saattavat toisinaan soveltua lainajärjestelyihin (anti-abuse doctrine), mutta vain harvoin veroviranomaiset ovat pystyneet näyttämään toteen keinotekoisen järjestelyn. Ison-Britannian laissa on lisäksi yleinen veronkiertosäännös korkojen osalta. Tällöin koron vähennyskelpoisuus voidaan estää, jos toimenpiteen ainoana tai pääasiallisena tarkoituksena on välttää veron maksaminen koron vähennyskelpoisuuden avulla. Tällä säännöksellä ei ole käytännössä juuri merkitystä, sillä yleensä laina voidaan katsoa otetuksi pääasiallisesti rahoitustarpeita varten. Alikapitalisointisäännöksissä lainan käsite on muutenkin melko laaja, sillä se käsittää kaikki suoritukset, joista maksetaan korkoa rahassa tai rahaksi rinnastettavassa muodossa. Esimerkiksi lainat ilman takuita (unsecured loans) ja tilinylitykset (overdrafts) voidaan sisällyttää lainan käsitteeseen alikapitalisointisäännöksiä sovelletaessa. Sen sijaan vuokrat ja lisenssimaksut jäävät alikapitalisointisäännöksiä tulkittaessa koron käsitteen ulkopuolelle, sillä maksut niistä perustuvat omaisuuden käyttöön.¹⁴⁷

USA:n osalta on veronkiertosäännöksiä käsitelty back-to-back -lainojen ja takuujärjestelyiden osalta kappaleessa 5.2.1 ja 5.2.2. USA:n earnings stripping -

¹⁴⁶ Immonen 2 s. 126-127 on käsitellyt suppeasti yleisen veronkiertosäännöksen VML 28 §:n sekä yritysjärjestelysäännöksen oman veronkiertopykälän EVL 52g §:n yhteensovittamista, samoin Manninen s. 80-82.

¹⁴⁷ Fairley & Fleming s. 762

säännöksiin on otettu yleinen veron kiertämistä (general anti-abuse rule) koskeva säännös, jonka tarkoituksena on estää earnings stripping -säännösten kiertäminen. Sen mukaan veroviranomaisilla on oikeus olla hyväksymättä sellaista järjestelyä tai toimenpidettä, jonka pääasiallisena tarkoituksena on ollut välttää earnings stripping -säännöksen soveltaminen. Ehdotettuja säännöksiä on kokonaisuudessaan kuitenkin kritisoitu kotimaassa sekä ulkomailla.¹⁴⁸ IRS:llä on lisäksi oikeus antaa määräyksiä koskien earnings stripping -säännöstöä ja sen määräysten kiertämistä. Verovelvollisella on todistustaakka veroviranomaisten esittämien väitteiden osalta. Esimerkiksi jos veroviranomaiset ovat luokitelleet jonkin rahoitusinstrumentin kuuluvaksi omaan pääomaan, tulee verovelvollisen osoittaa rahoitusvälineen olevan tosiasiaa vierasta pääomaa, tai muutoin veroviranomaisten luokittelu jää voimaan. Velan uudelleen luokittelu tehdään tapauskohtaisesti. Jos verovelvollinen on asiasta eri mieltä, hän voi viedä asian oikeuteen, joka taas punnitsee asian siinä esitettyjen seikkojen valossa tapauskohtaisesti.¹⁴⁹

Suomen osalta veronkiertosäännöksissä on otettava huomioon myös verovelvollisen oikeusturva. Yleisessä veronkiertosäännöksessäkin on otettu verovelvollisen kuuleminen huomioon.¹⁵⁰ Alikapitalisointisäännöksenkin osalta on muistettava tämä vaatimus. Verotuksen oikeusturvatyöryhmä¹⁵¹ on muistiossaan ehdottanut verotusmenettelylakiin säännöksiä, joilla selkeytetään menettelytapoja. Näihin kuuluvat muun muassa veronsaajien ja verovelvollisen etujen tasapuolinen huomioon ottaminen, näytön punninta, asian selvittämisvelvollisuus ja päätöksen perusteleminen tietyissä tilanteissa. Verotusmenettelylakiin on ehdotettu otettavaksi seuraavansisältöisiä säännöksiä: 1) verotusmenettelylaissa ja muissa verotukseen liittyvissä toimissa tulee ottaa huomioon veronsaajien ja verovelvollisen edut

¹⁴⁸ Engle & Raineri s. 789

¹⁴⁹ Engle & Raineri s. 793

¹⁵⁰ VML 28 § 2. mom: Jos on ilmeistä, että verotusta toimitettaessa olisi meneteltävä 1 momentissa tarkoitetulla tavalla, on verotusta toimitettaessa huolellisesti tutkittava kaikki ne seikat, jotka voivat vaikuttaa asian arvosteluun, sekä annettava verovelvolliselle tilaisuus esittää selvitys havaituista seikoista. Mikäli verovelvollinen ei tällöin esitä selvitystä siitä, että olosuhteelle tai toimenpiteelle annettu oikeudellinen muoto vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta taikka ettei toimenpiteisiin ole ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, verotusta toimitettaessa on meneteltävä 1 momentissa tarkoitetulla tavalla.

¹⁵¹ Valtiovarainministeriö 3

tasapuolisesti, 2) verovelvolliselle on tarvittaessa asetettava kohtuullinen määräaika vastineen tai muun selvityksen antamiseen, 3) veroviranomaisen ja verovelvollisen tulee mahdollisuuksien mukaan osallistua asian selvittämiseen ja pääasiallisesti sen osapuolen, jolla on siihen paremmat edellytykset, on esitettävä asiasta selvitystä, jolloin veroviranomaisten on hankittava viran puolesta verotusta koskevaa selvitystä siinä laajuudessa kuin se käytännössä on mahdollista, 4) veroviranomaisen on tarkoin harkittava asiassa esitetty selvitys oikean päätöksen tekemiseksi.¹⁵² Alikapitalisointisäännösten veronkiertosäännöksissä on otettava myös huomioon esitetyt kuulemista koskevat sekä muut verovelvollisen oikeusturvaa koskevat seikat. Veronkiertosäännöksen käyttö saattaa muutenkin olla ongelmallista juuri näyttökysymysten vuoksi.

5.3.2 Ennakkotietojen antaminen alikapitalisointitilanteessa

Verovelvollisen olisi johonkin toimenpiteeseen ryhtyessään hyvä tietää kyseisen toimenpiteen veroseuraamukset. Alikapitalisointitilanteissa tällaista epävarmuutta voi aiheuttaa sallitun vieraan ja oman pääoman välisen suhteen ylittyessä mahdollinen suojasataman olemassaolo. Verovelvollisen olisi hyvä tietää veroviranomaisen näkemys markkinaehtoisuudesta jo ennen lopullista toimenpiteisiin ryhtymistä. Epävarmaa voi myöskin olla rahoitusinstrumenttien käsittely, jolloin jako omaan ja vieraaseen pääomaan olisi tärkeää tietää etukäteen. Näitä ratkaisuja harvemmin tehdään verovelvolliskohtaisesti, jolloin luokittelu tapahtuu useimmiten

¹⁵² Katso tarkemmin valtiovarainministeriö s. 9-12 ehdotettujen säännösten osalta. Työryhmän muistiossa s. 4-6 on selvitetty myös viranomaisten ratkaisutoimintaa ohjaavia periaatteita, joissa myös verovelvollisen eduista huolehtiminen on tärkeällä sijalla. Muistion sivulla 16 on ehdotettu myös perustelemisen osalta otettavaksi selkeämpää säännöstä lakiin. Siinä verotuspäätös on perusteltava, jos siinä poiketaan olennaisesti verovelvollisen antamasta veroilmoituksesta tai jos viranomainen muuttaa verotusta veronoikaisuun tai jälkiverotuksin. Muilta osin verotuspäätöksen perusteleminen sovelletaan hallintomenettelylain säännöksiä. Uudenmaan verovirasto s. 2 on katsonut päätösten perustelemisen osalta, että päätösten perustelemissa esiintyneiden epäkohtien korjaamiseen riittäisivät verohallituksen ohjeet, joissa voitaisiin paremmin ottaa huomioon verotuksen massamenettelyn luonne ja perusteluille erilaisissa tilanteissa asetettavat vaatimukset.

Verotuksen oikeusturvatyöryhmän muistion sivuilla 16-29 on myös esitetty luottamusperiaatteen ottamista lakiin. Tällöin verotus voitaisiin jättää toimittamatta kokonaan tai osittain epäselvissä ja

rahoitusvälinekohtaisesti. IFA:n 50. kongressin päätöslauselmassa¹⁵³ todetaan seuraavaa: “ *Verovelvollisella tulisi olla oikeus vaatia viranomaisilta sitovia ennakkotietoja siitä, johtaako suunniteltu rahoitustransaktio alikapitalisointisäännösten soveltamiseen.*” Suomenkin säännösten osalta tulisi lähtökohtana olla tilanne, jossa ennakkotiedon saaminen alikapitalisointitilanteessa on mahdollista.

Isossa-Britanniassa aikaisempien alikapitalisointisäännösten mukaan verosopimukset määräisivät, miten menetellään alikapitalisointitilanteissa, mutta nykyiset säännökset ovat sisäisessä laissa. Aiemmin yritykset pystyivät riippuen pystyivät riippuen verosopimusten määräyksistä kysyä etukäteen verokohtelua tietylle toimenpiteelle, mutta nykyisten säännösten mukaan veroviranomaisilla ei ole velvollisuutta antaa etukäteen ennakkotietoa. Jos suorituksen katsotaan alunperin olevan markkinaehtoinen, niin jatkossa saman lainan osalta voidaan päätyä erilaiseen lopputulokseen. Tarkastelu tapahtuu periodikohtaisesti. Lakia hyväksyttäessä parlamentaarinen komitea oli huolissaan kansainvälisten sijoitusten saamisesta maahan, jos etukäteen ei voida tietää koron vähennysoikeutta. Hallitus velvoittikin tällöin veroviranomaisia antamaan ennakkotiedon kysyttäessä, jolloin käytännössä yritys voi saada sitovan ennakkotiedon asiasta, jos vain esitetyt asiat ovat yhdenmukaisia toteutuneisiin. Alikapitalisointitilanteissa ratkaisun tekevä viranomainen on International Division.¹⁵⁴ USA:ssa veroviranomaiset eivät anna ennakkotietoja (advance rulings) earnings stripping -säännösten soveltamisesta.¹⁵⁵

Verotusmenettelylaissa on ennakkotietoa koskeva säännös¹⁵⁶. Sen mukaan lääninverovirasto voi antaa tuloveroa tai varallisuusveroa koskevan ennakkotiedon enintään verovuodelle, joka päättyy viimeistään ennakkotiedon antamista seuraavan kalenterivuoden aikana. Veroasiamies antaa lausunnon siitä, tuleeko hän käyttämään

tulkinnanvaraisissa tilanteissa verovelvollisen toimiessa vilpittömässä mielessä viranomaisten aikaisemman käytännön ja ohjeiden mukaisesti.

¹⁵³ Katso Vapaavuori s. 537.

¹⁵⁴ Fairley & Fleming s. 763

¹⁵⁵ Engle & Raineri s. 793

¹⁵⁶ Katso VML 85 §.

oikeuttaan hakea muutosta verotukseen. Keskusverolautakunta¹⁵⁷ voi puolestaan antaa ennakkoratkaisun, jos lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai verotuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää saada asia ratkaistuksi taikka jos siihen on muu erityisen painava syy. Myös alikapitalisointisäännösten soveltamiseen ennakkotiedon tai -ratkaisun hakeminen onnistunee nykyisellä säätelyllä, sillä alikapitalisointitilanteet koskevat pääasiallisesti tuloverotusta, mutta myös lähdeverokysymykset nousevat esiin. Lähdeveron perimisen osalta keskusverolautakunta tekee ennakkoratkaisun.¹⁵⁸ Ennakkotietoa ei ole mahdollista saada rajoitetusti verovelvolliselle maksettavasta suorituksesta. Tältä osin alikapitalisointitilanteissa voitaisiin myös lääninverovirastolle antaa oikeus tehdä lähdeveron osalta ratkaisu. Käytännössä alikapitalisointitilanteiden ennakkotietopyynnöissä ratkaisut tehdään keskitetysti jonkin viranomaistahon osalta. Käytännössä tällainen taho voisi olla konserniverokeskus, sillä alikapitalisointitilanteet yleisimmin esiintyvät konsernien välisissä toimenpiteissä. Tosin ulkomaisen konsernin osalta silloin, kun tällä on vain esimerkiksi yksi tytäryhtiö Suomessa, toimivaltainen veroviranomainen ei ole konserniverokeskus, jolloin ennakkotietojen antaminen voidaan hoitaa toimivaltaisissa lääninverovirastoissa keskitetysti.

¹⁵⁷ Katso VML 84 § sekä laki keskusverolautakunnasta 5 §.

¹⁵⁸ Katso laki rajoitetusti verovelvollisen tulon ja varallisuuden verottamisesta 12 § - 12a§.

6. Veroseuraamukset emo- ja tytäryhtiöiden asuinvaltioissa sekä verosopimusten huomioon ottaminen alikapitalisointitilanteessa ja -säädöksiä suunniteltaessa

Alikapitalisointitilanne syntyy käytännössä lähinnä silloin, kun ulkomainen emoyhtiö on rahoittanut toisessa maassa olevaa tytäryhtiötään liiallisella vieraalla pääomalla. Tytäryhtiön asuinvaltio alikapitalisointitilanteessa menettäisi verotulojaan koron vähennysoikeuden takia, sillä korkotulot eivät ole enää tytäryhtiön asuinvaltion verotuksen ulottuvissa. Eri maiden käyttämät keinot estää alikapitalisointitilanteessa maan verotulojen karkaaminen vaihtelevat eri maiden välillä. Karkeasti keinot voidaan jakaa kahteen ryhmään: lainapääoma luokitellaan oman pääoman suorituksiksi, jolloin osinkoja koskevat säännökset astuvat voimaan (tai peiteltyä osinkoa koskevat säännökset), ja toisena vaihtoehtona on korkojen vähennyskelpoisuuden epääminen.

Alikapitalisointitilanteessa kansainvälisen kaksinkertaisen verotuksen riski on ilmeinen, sillä yleensä emoyhtiön asuinvaltio ei ole halukas hyväksymään tytäryhtiön asuinvaltion luokittelua. Eri maiden veronsaajien intressit eivät kohtaa alikapitalisointitilanteessa. Verosopimuksilla saattaa olla myös vaikutusta alikapitalisointisäännösten soveltamiselle. Erityisesti verosopimusten syrjintäkieltoartiklalla voi olla alikapitalisointisäännösten kannalta estävä vaikutus ainakin teoreettisella tasolla, mutta käytännössä sen vaikutus ei ole niin suuri. EY-oikeuden vaikutus alikapitalisointisäännösten soveltamiselle saattaa myös olla estävä juuri kansalaisuutta syrjivien piirteidensä takia. Yleensä koron vähennysoikeus kielletään ulkomaiselta etuyhteydessä olevalta yritykseltä saadusta lainasta. Suomen alikapitalisointisäännöksiä mietittäessä on syytä ottaa huomioon verosopimusten syrjintäkieltoartiklan vaikutus säännöksen käytännön soveltamismahdollisuuksiin. Samoin EY:n lain vaikutus on huomioitava alikapitalisointilainsäädäntöä tehtäessä. EY:n tuomioistuimen mahdollinen alikapitalisointisäännöksen soveltamista koskeva päätös olisi avuksi suunnittelussa. Kaksinkertaisen verotuksen poistamista on pidetty

alikapitalisointitilanteissa tärkeänä asiana. Suomenkin tulisi osaltaan pohtia, miten tällainen päämäärä sopii Suomen mahdolliseen lainsäädäntöön ja sen käytännön toteuttamiseen.

6.1 Veroseuraamukset emo- ja tytäryhtiön asuinvaltiossa

Alikapitalisointisäännöksiä mietittäessä säännöksen vaikutuksia yhtiöiden verotukseen tulee miettiä. Alikapitalisointitilanteissa verotulojen katoaminen maasta voidaan toteuttaa pääasiallisesti kahdella eri tapaa. Ensimmäisen vaihtoehdon mukaan korko katsotaan todellisen luonteensa mukaisesti osingoksi, jolloin osinkoa koskevat säännökset ovat voimassa. Tällä on vaikutuksensa yhtiöveroihin, yhtiöveron hyvittämiseen ja lähdeveroihin. Osingoksi katsominen voi tapahtua myös peiteltyä osinkoa koskevien säännösten mukaisesti. Toisena vaihtoehtona on, että ainoastaan koron vähennyskelpoisuuteen puututaan, mutta sinänsä suoritusta ei lueta osingoksi. Tavoilla toteuttaa alikapitalisointitilanteessa verotulojen pysyminen maan rajojen sisällä on myös vaikutuksensa konsernin kokonaisverorasitukseen, joka lopullisesti riippuu emoyhtiön asuinvaltion halukkuudesta mukautua tytäryhtiön asuinvaltion tekemään ratkaisuun.

6.1.1 Koron osingoksi katsomisen veroseuraamukset tytär- ja emoyhtiöiden asuinvaltioissa

Ne maat, jotka soveltavat yleisiä verotuksellisia periaatteita alikapitalisointitilanteessa, antavat toimenpiteelle sille kuuluvan oikeudellisen muodon. Näin ollen sallittavan vieraan pääoman ylittävä määrä katsotaan omaksi pääomaksi, jolloin siitä maksettava suoritus on osinkoa tai peiteltyä osinkoa, ja kaikki osingonjakoa koskevat säännökset astuvat voimaan.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Katso Dowling & O'Donnell s. 475-476, jossa Irlannin säännösten alainen korko on vähennyskelpoton, ja sitä käsitellään osinkona, joka kuuluu yhtiöveron piiriin, jos maksajana on kotimainen yhteisö. Sama pätee muihinkin omaisuuden tuottoihin vastaavanlaisissa olosuhteissa. Kun tällainen uudelleen luokiteltu korko maksetaan ulkomaiselle lainanantajalle, se kuuluu yhtiöveron

Isossa-Britanniassa alikapitalisointisäännökset uudelleen luokittelevat koron osingoksi. Tällöin uudelleen luokiteltu korko ei ole vähennyskelpoinen, mutta se on yhtiöveron alainen suoritus (ACT).¹⁶⁰ Koska maksua ei luokitella enää koroksi, niin myöskään lainanantaja ei voi vähentää siitä lähdeveroa. Osingoista ei tosin Ison-Britannian lainsäädännön mukaan makseta lähdeveroa.¹⁶¹ Alikapitalisointisäännökset pätevät, vaikka suoritus olisi nimetty muuksikin kuin koroksi eli arvostelu tapahtuu asian todellisen luonteen mukaan. Isossa-Britanniassa ei ole eroteltu jaetun ja jakamattoman voiton verokohtelua. Jos verosopimuksen mukaan yrityksellä on mahdollisuus vaatia yhtiöveron hyvitystä, niin tällöin uudelleen luokitellun koron osalta verorasitus hieman pienenee. Käytännössä yllä esitetty ei kuitenkaan toteudu Isossa-Britanniassa. Veroviranomaisten neuvotteluissa voidaan koron uudelleen luokittelusta luopua, mutta korko ei kuitenkaan ole vähennyskelpoinen, ACT:tä ei tarvitse maksaa, mutta yhtiöveron hyvitystä ei myöskään myönnetä.¹⁶²

Jos velkainstrumentti USA:ssa luokitellaan uudelleen omaksi pääomaksi, niin tätä suoritusta käsitellään oman pääoman tavoin kaikissa tilanteissa. Suoritusta, joka

piiriin, eikä sitä voida hyvittää, elleivät verosopimukset anna siihen lupaa. Uudelleen luokitellusta korosta ei joudu kuitenkaan maksamaan lähdeveroa.

¹⁶⁰ Katso Fairley & Fleming s. 750-751, jonka mukaan iso-britannialaisen yrityksen maan kansalaiselle maksamasta osingosta maksettu ACT hyvitetään kokonaisuudessaan osingon saajalle, jos tämä on luonnollinen henkilö. Jos osinko puolestaan maksetaan iso-britannialaiselle yritykselle, niin tällöin osingon saanut yritys voi käyttää maksetun ACT:n pienentääkseen omista osingoistaan aiheutuvaa ACT:n maksuvelvollisuutta, tai tiettyjen olosuhteiden vallitessa yritys voi vaatia myös ACT:n hyvittämistä rahassa. Ulkomaalaiset eivät yleensä voi saada hyväkseen yhtiön maksamaa veroa, kuitenkin nämä voivat lukea hyväkseen maksetun ACT:n siltä osin kuin tälle on määrätty veroa osinkotuloista. Monien verosopimusten mukaan myös ulkomaalaiset voivat anoa yhtiöveron lukemista heidän hyväkseen. Tällöin he ovat oikeutettuja vähentämään maksetun ACT:n lähdeverosta. Iso-Britannialaisen yrityksen saama osinko ulkomailta on verotettavaa tuloa, mutta osingosta maksetun lähdeveron yhtiö voi lukea hyväkseen. Verosopimuksessa ja sisäisessä laissa on vielä lisähelpotuksia tietyille yrityksille. Iso-Britannialainen korkotulon saaja ei voi lukea hyväkseen kuin maksetun lähdeveron.

¹⁶¹ Fairley & Fleming s. 749. Katso myös s. 750, jonka mukaan koron lähdevero on Ison-Britannian sisäisen lainsäädännön mukaan 25 %, jota kuitenkin käytännössä pienentävät lukuista verosopimukset. Samoin jos korko maksetaan iso-britannialaiseen ryhmään kuuluvalle yritykselle, korosta ei myöskään ole suoritettava lähdeveroa.

Katso myös Graham s. 353-355, jossa on pohdittu ACT:n perimisen mahdollista EY:n 7. Direktiivin vastaisuutta. Ison-Britannian veroviranomaisten mielestä ACT:n periminen ei ole direktiivin vastainen, sillä ACT ei ole varsinaisesti lähdevero, jonka perimisen direktiivi kieltää tiettyjen edellytysten vallitessa tytäryhtiöltä emoyhtiölle maksettuna.

maksetaan tästä uudelleen luokitellusta instrumentista, käsitellään osinkona, pääoman palautuksena tai myyntivoittona, joista mikään ei ole vähennyskelpoinen verotuksessa. Lisäksi lähdevero määrätään niin kuin kyseessä olisi osinko, jolloin veroseuraamukset ovat yleensä ankarammat, sillä osingoista perittävä lähdevero on yleensä suurempi kuin korosta perittävä. Lukuun ottamatta lähdeverokohtelua koron uudelleen luokittelulla ei ole vaikutusta tuloveron määrään saajan ollessa ulkomaalainen, jos ulkomaalainen ei ole velvollinen suorittamaan veroa USA:ssa.¹⁶³

Koron maksu voidaan katsoa myös peitellyksi osingonjaoksi. Myös tällöin uudelleen luokiteltu korko kasvattaa yhtiön voittoa ja sitä kautta verotettavaa tuloa. Näin ollen myös osinkoihin sovellettava veroprosentti on voimassa, samoin lähdeveron osalta osingon lähdeveroprosentti on voimassa. Saksassa uudelleen luokiteltu korko katsotaan peitellyksi osingonjaoksi, millä on verovaikutuksia yhtiöveroihin, lähdeveroon ja varallisuusveroon.¹⁶⁴ Myös USA:ssa uudelleen luokittelusäännökset saatavat johtaa suorituksen katsomisen peitellyksi osingonjaoksi.¹⁶⁵

Se, miten osakkeenomistajan asuinvaltio suhtautuu ulkomaisen tytäryhtiönsä alikapitalisointitilanteessa uudelleen luokiteltuun korkoon, on hieman epäselvää, ja

¹⁶² Fairley & Fleming s. 761

¹⁶³ Katso Engle & Raineri s. 786-787, jossa on myös kerrottu, miten ulkomaalainen voi tulla verovelvolliseksi Yhdysvalloissa. Tämä voi tapahtua kahdella eri tapaa. Ensinnäkin, jos ulkomaalainen harjoittaa liiketoimintaa tai kauppaa (trade or business) kiinteästä toimipaikasta USA:ssa, niin tällöin ulkomaalainen on verovelvollinen kiinteään toimipaikkaan kohdistuvasta tulosta. Toiseksi ulkomaalainen voi tulla USA:ssa verovelvolliseksi lähdeverosäännösten kautta.

¹⁶⁴ Katso Köster s. 404-405. Sen mukaan uudelleen luokiteltu korko luetaan ensinnäkin veropohjaan mukaan. Se pitää kuitenkin erottaa varsinaisesta osingonjaosta. Uudelleen luokiteltu korko johtaa verotettavan tulon kasvuun vastaavalla määrällä, joka on 45 %:n yhtiöveron alaista tuloa. Loput 55 % kasvattavat aluksi yhtiöön jätettyjen voittojen määrää. Varsinainen osingonjako joudutaan maksamaan yhtiössä olevilla voitoilla, jolloin saadaan 15 %:n palautus, sillä Saksassa on kahden verokannan järjestelmä (split-rate system; 36 % jaetun osingon osalta ja 51 % jakamattoman osingon osalta). Tällöin jaettavan voiton määrä nousee 70 %:iin. Koska uudelleen luokitellusta korosta on maksettu 100 % ja jaettavissa oleva osuus on vain 70 %, joudutaan loput 30 % rahoittamaan jotenkin. Jos jakamattomia voittoja on jäljellä, niin mitään ylimääräistä maksuvelvollisuutta ei synny. Jos voittoja ei ole jäljellä, jäljelle jäänyt 30 % joudutaan lisäämään verotettavan osingon määrään, jolloin verorasitus kasvaa. Lähdevero nostaa vielä alikapitalisointitilanteissa verorasitusta. Normaaleille koroille ei Saksassa määrätä lähdeveroa, mutta ulkomaille maksettava osingon lähdeveroprosentti on 25, tosin lievennyksiä löytyy verosopimuksista ja sisäisestä lainsäädännöstä.

¹⁶⁵ Katso Engle & Raineri s. 780, jonka mukaan peiteltyä osingonjakoa voi tapahtua muun muassa seuraavanlaisissa tapauksissa: pääoman takaisin maksaminen, tytäryritysten ketjumyyynnit ja omaisuuden siirroissa muutoin kuin käyvin arvo.

monilta osin käytäntö ei ole kehittynyt selkeälle tasolle. Useimmat maat eivät koe velvollisuudekseen katsoa tytäryhtiön asuinvaltiossa tehtyä luokitteluratkaisua heitä sitovaksi. Oman maan sisäistä lainsäädäntöä noudatetaan, jos verosopimuksissakaan ei ole velvoitettu tekemään luokittelua tytäryhtiön asuinvaltion mukaisesti. Tällöin uudelleen luokiteltua korkoa käsitellään edelleen korkona eikä osinkona. Kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyt eri maiden verosopimukset ja OECD:n malliverosopimus velvoittavat myös osakkeenomistajan asuinvaltion tietyissä tilanteissa katsomaan koron osingoksi. Osakkeenomistajan asuinvaltion haluttomuus koron katsomiseksi osingoksi aiheuttaa kaksinkertaista verotusta. Kun ensin lainanottajan valtio verottaa osingoista, ja lainanantajan asuinvaltio ei hyvitä kuin korolle maksettavan lähdeveron, joka on yleensä pienempi kuin osingolle maksettava, niin tytär- ja emoyhtiön kokonaisverorasitus nousee. Jos korko on vähennyskelvoton lainanottajan asuinvaltiossa, niin lainanantajan valtio ei yleensä hyvitä sitä emoyhtiön verotuksessa.

6.1.2 Koron vähennysoikeuden epääminen tytär- ja emoyhtiöiden asuinvaltioissa

Useimmat alikapitalisointisäännökset omaavat maat tyytyvät vai kieltämään korkojen vähennysoikeuden liiallisen lainan osalta. Korkoa ei näin ollen katsota osingoksi. Tällaisella menettelylläkin on omat ongelmansa. Kansainväliseltä kahdenkertaiselta verotukselta on vaikea välttyä, sillä korkoa verotetaan sekä tytär- että emoyhtiöiden asuinvaltioissa. Emoyhtiö ei voi myöskään saada hyvitystä tytäryhtiön koron vähennyskeltvottomuudesta. Koska korko ei ole vähennyskelpoinen tytäryhtiölle, niin konsernin kokonaisverorasitus nousee, mikä puolestaan vähentää jaettavissa olevaa voittoa kaikille osakkeenomistajille. Näin ollen alikapitalisointisäännöstö vaikuttaa myös niihin, jotka eivät ole olleet lainanantajina. Myöskään osinkojen lähdeveroprosenttia ei voida soveltaa, vaikka se jossain tapauksessa olisikin korkojen lähdeveroa pienempi.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Piltz s. 120

Kun USA:ssa rajoitetusti verovelvollisen ollessa kyseessä alikapitalisointitilanteessa earnings stripping -säännös soveltuu, niin ylimenevä osa koroista on vähennyskeltvotonta. Vähennys oikeutta ei kuitenkaan lopullisesti menetä. USA:ssa on käytössä menetelmä, jossa korkojen vähennyskelpoisuus menetetään etuyhteydessä olevan osapuolen ollessa kyseessä, jos yhdysvaltalaisella yhtiöllä verovuoden nettokorkokustannukset ovat yli puolet yhtiön verotettavasta tulosta ennen korkojen vähentämistä. Suurin osa maista, jotka kieltävät koron vähennyskelpoisuuden käytetään erilaista vähennyskeltvottoman koron laskemisen menetelmää. Siinä kyseessä oleva velan määrä vähennetään omalla pääomalla, joka on kerrottu suhdeluvulla. Tämä jaetaan velan määrällä, ja saatu luku kerrotaan korolla, jolloin saadaan vähennyskeltvottoman koron määrä.¹⁶⁷

6.1.3 Tulkinta Suomen osalta

Suomen osalta alikapitalisointitilanteessa korko ei olisi yhtiölle vähennyskelpoinen meno. Toimenpiteen todellinen luonne tulisi ottaa huomioon veroseuraamuksia mietittäessä. Alikapitalisointitilanteessa yritystä on rahoitettu liiallisesti vieraalla pääomalla, jolloin oman pääoman ehtoinen suoritus on pyritty saamaan näyttämään velalta. Etuyhteystaholta tuleva rahoitus on todellisuudessa tällöin oman pääoman ehtoinen sijoitus, jolloin siitä maksettavaa suoritusta on käsiteltävä osinkona. Suhdeluvun ylittyessä verovelvollinen voi osoittaa toimenpiteen markkinaehtoisuuden, jolloin kysymys ei ole esimerkiksi USA:n tapaisesta tiukkaan suhdelukuun pitäytyvästä alikapitalisointisäännöksestä. Yhtiöveron hyvityslain 6 §:n mukaan osinkoa jakavan yhtiön on suoritettava tuloveroa vähintään 7/18 verovuodelta jaettavaksi päätetyn osingon määrästä (tuloveron vähimmäismäärä). Tällöin alikapitalisointitilanteessa osingoksi katsottavasta korosta on maksettava tuloveroa koron vähennyskelpoisuuden sijaan. Tuloveroa ei ole luonnollisesti suoritettava kuin siitä osasta korkoa, joka ei ole vähennyskelpoista. Vähennyskelpoisen koron osalta ulkomaiselta etuyhteydessä olevalta taholta suoritettu rahoitus on vierasta pääomaa.

¹⁶⁷ Piltz s. 121-122, jossa on esitetty kaavan muodossa vähennyskeltvottoman koron määrän laskenta Kanadan tapauksessa, sama kaava Sweeney & Rohde s. 389.

Kyse on suorituksen arvostamisesta, jossa toisinaan joudutaan arvionvaraisiin tulkintoihin. TVL 9 § 2 momentin mukaan rajoitetusti verovelvollinen ei ole verovelvollinen täältä saamastaan korkotulosta, ellei kyse ole omaan pääomaan rinnastettavasta suorituksesta. Näin ollen koroista ei normaalisti peritä myöskään lähdeveroa. Sitä vastoin lähdevero osingosta on lähdeverolain 7 §:n mukaan 28 %, mutta käytännössä verosopimukset ovat alentaneet sen 5 - 15 %:iin. Lähdeverolain 3 § 5 momentin mukaan lähdeveroa ei ole maksettava osingosta, joka maksetaan Euroopan Unionin jäsenvaltiossa asuvalle yhteisölle, jolla ei ole oikeutta yhtiöveron hyvitykseen ja joka välittömästi omistaa vähintään 25 % osinkoa maksavan yhtiön pääomasta. Osingoista menevä tulovero suhteessa koron vähennyskelpoisuuteen ja osinkojen korkeampi lähdeveroprosentti ovat tekijöitä, joiden perusteella verotuloja karkaa Suomesta, jos yritys on alikapitalisoitu. Yritysten rahoitusrakenteiden tutkimuksen tulosten perusteella alikapitalisointi ei ole ongelma, mutta etua on silti mahdollista tavoitella alikapitalisoimalla suomalainen tytäryritys. Yhtiöveron hyvityslakia sovelletaan sen 1 § 1 momentin mukaan osinkoa jakavaan kotimaiseen osakeyhtiöön ja yhtiöltä osinkotuloa saavaan yleisesti verovelvolliseen. Näin ollen yhtiöveroa ei hyvitetä rajoitetusti verovelvollisille. Tosin Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin kanssa tekemiin verosopimuksiin¹⁶⁸ oli aiemmin otettu hyvitystä koskeva määräys. Kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tulisi emoyhtiön asuinvaltion sopeutua Suomen ratkaisuun katsoa korko osingoksi, mutta tämä on verosopimuskysymys ja viime kädessä emoyhtiön asuinvaltion ratkaistavissa.

Miten Suomessa tulisi sitten suhtautua koron katsomiseen peiteltyksi osingonjaoksi, jolloin veroseuraamukset saattavat nousta turhankin ankariksi. Peitellyn osingonjaon ollessa kyseessä yhtiön verotettavan tulon määrä nousee peitellyn osingon määrällä. Peitelty osingonjako ei oikeuta myöskään yhtiöveron hyvitykseen. Tosin rajoitetusti verovelvolliselle maksettu osinko ei muutoinkaan yleensä oikeuta yhtiöveron hyvitykseen. Tällöin käytännössä ei ole juurikaan merkitystä

¹⁶⁸ Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin kanssa tekemät verosopimukset eivät enää oikeuta yhtiöveron hyvityksen myöntämiseen, mutta vastaavasti osingon lähdeverosta on luovuttu.

alikapitalisointitilanteissa katsotaanko suoritus osingoksi vai peiteltyksi osingoksi.¹⁶⁹ Alikapitalisointitilanteissa ei näin ollen ole tarvetta katsoa suoritusta peiteltyksi osingonjaoksi.

6.2 Verosopimusten osalta erityisesti syrjäntäkieltoartiklan vaikutus alikapitalisointitilanteissa

Kansainvälisessä käytännössä esiintyy paljon erilaisia näkemyksiä verosopimusten tulkinnasta alikapitalisointitilanteissa.¹⁷⁰ Jos maat ovat verosopimuksissa sisällyttäneet siihen varauksen, ettei sopimus vaikuta alikapitalisointisäännökseen, tulkintavaikeutta ei ilmene. OECD:n malliverosopimuksen syrjäntäkieltoartiklaa voidaan tulkita koron maksun uudelleen arvioinnin estäväksi, jos vieraan valtion kansalaisia kohdellaan oman maan kansalaisista poikkeavalla tavalla. Kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmä¹⁷¹ on todennut, ettei se pelkästään syrjäntäkieltoon liittyvien syiden vuoksi ole katsonut voivansa esittää sellaista alikapitalisointisäännöstä, joka olisi syrjäntäkieltoartiklan kanssa sopusoinnussa. Erityisesti kvalifioitun syrjäntäkieltoartiklan olemassaolo aiheuttaa ongelmia mahdollisen alikapitalisointisäännöksen soveltamiselle, ja lähes kaikkiin Suomen tekemiin uusiin verosopimuksiin liittyy tällainen säännös. Alikapitalisointisäännökset tuleekin muotoilla niin, etteivät ne kiellä koron vähennyskelpoisuutta kansalaisuuteen perustuen, mutta myös tosiasiallinen syrjivä kohtelu voi estää alikapitalisointisäännöksen soveltamisen. Kysymys voidaankin muotoilla

¹⁶⁹ Katso valtiovarainministeriö 2 s. 34-36, jossa ehdotetaan peitellyn osingonjaon ollessa kyseessä yhtiöveron hyvityslain soveltumista.

¹⁷⁰ Verosopimuksethan ajavat ohi sisäisen lainsäädännön, mutta käytännössä valtiot eivät aina noudata tätä käytäntöä. Intertaxin numerossa 2 1997 sivun 38 pääkirjoituksessa on esitetty huolestuminen nousevasta treaty override -ongelmasta eli verosopimuksen määräyksiä ei noudatetakaan. Kansainvälinen oikeusistuinkaan ei voi päättää asiasta, elleivät molemmat osapuolet ole halukkaita tähän. Katso myös Roxan, jossa esitellään kiinteän toimipaikan osalta verosopimuksen määräyksen noudattamatta jättämistä esimerkin avulla. Kyseessä on USA:n ja Kanadan välinen verosopimus.

¹⁷¹ Valtiovarainministeriö s. 78

verosopimusten osalta niin, että vastausta etsitään kysymykseen, mikä vaikutus on verosopimuksilla mahdollisen alikapitalisointisäännöksen tekemiseen.¹⁷²

OECD:n malliverosopimuksen artikla 24 kieltää toisen sopimusvaltion kansalaisten joutumisen kohdelluksi eri tavalla kuin toisen sopimusvaltion kansalaiset joutuvat tai saattaisivat joutua samantyyppisissä olosuhteissa. Alikapitalisointitilanteet koskevat yleensä vain toiseen valtioon koskevia tulonsiirtoja. Tämän vuoksi alikapitalisointisäännökset voivat olla ristiriidassa syrjäntäkieltoartiklan kanssa. Artiklan 24 kappaleessa 4 sanotaan että *“ muussa kuin sellaisessa tapauksessa, jossa artiklan 9 kappaleen 1, artiklan 11 kappaleen 6 tai artiklan 12 kappaleen 4 määräyksiä sovelletaan, ovat korko, rojalti tai muu maksu, jonka sopimusvaltiossa oleva yritys suorittaa toisessa sopimusvaltiossa asuvalle henkilölle, vähennyskelpoisia tämän yrityksen verotettavaa tuloa määrättäessä samoin ehdoin kuin maksu ensiksi mainitussa valtiossa asuvalle henkilölle.”* Korko voidaan sisäisen lainsäädännön mukaan katsoa osingoksi alikapitalisointitilanteessa, jos uudelleen luokittelu ei ole ristiriidassa 9(1) ja 11(6) artiklojen kanssa.¹⁷³

Verosopimusmääräykset ajavat ohi sisäisen lainsäädännön, jos lopputulos on verovelvolliselle edullisempi. Verosopimusmääräysten suhde alikapitalisointisäännöksiin on tähän asti ollut epäselvä, ja näin ollen artiklojen sanamuotoja joudutaan tulkitsemaan. Tulkinnessa on lähdetty siitä, ettei syrjäntäkieltoartiklan 24 (4) lähtökohtaisesti estä alikapitalisointisäännösten soveltamista. Sen sijaan kyseinen määräys estää säännösten soveltamisen, jotka ovat ristiriidassa artiklan 9 (1) (etuyhteydessä keskenään olevat yritykset) tai artiklan 11 (6) (korko) kanssa, ja joita sovelletaan ainoastaan ulkomaalaisiin.¹⁷⁴ Maat, jotka eivät ota syrjäntäkieltoartiklaan kappaleen 4 kaltaista määräystä, eivät myöskään joudu rajoittamaan alikapitalisointisäännöksen alaa tämän perusteella. Jotkut maat ovat varautuneet lainsäädännöllään syrjäntäkieltoartiklan vaikutuksen eliminoimiseen

¹⁷² Katso Brandt s. 254, joka on artikkelissaan lähtenyt pohtimaan erityisesti verosopimusten ja EY-oikeuden vaikutuksia mahdollisen alikapitalisointisäännöksen tekemiseen.

¹⁷³ OECD 1992 C(24) - 20 September 1992

säättämällä myös kotimaiselle lainanantajalle maksetut suoritukset tietyissä tapauksissa alikapitalisointisäännöksen piiriin.¹⁷⁵

Ison-Britannian alikapitalisointisäännöksissä ei ole viittausta lainanantajan kansalaisuuteen, mutta toisaalta alikapitalisointisäännösten ulkopuolelle on rajattu ne, jotka joutuvat maksamaan yhtiöveroa korkotulostaan, ja tämäkin saattaa antaa todellisuudessa aiheen syrjäntäkieltoartiklan soveltamiselle, joskin käytännössä tämä ei onnistune. Alikapitalisointisäännösten ulkopuolelle on lisäksi säädetty hyväntekeväisyysjärjestöt ja muutamat muut erityiset järjestöt. Ison-Britannian alikapitalisointisäännöksiä voidaan kuitenkin pitää syrjäntäkieltoartiklan suhteen onnistuneina, sillä kansalaisuutta ei ole mainittu missään yhteydessä.¹⁷⁶ Aiemmin Isossa-Britanniassa alikapitalisointisäännökset ja verosopimukset olivat huonosti sovitettavissa yhteen. Ensinnäkin sisäisen lain mukaan tietyt suoritukset ulkomaalaisille katsottiin automaattisesti vähennyskeltottomiksi. Tämän jälkeen vähennyskeltottomuuden esti kuitenkin verosopimuksen erityissäännös nimeltään section 209 override. Tämän säännöksen ohi ajoi vielä toinen verosopimuksen määräys, joka on melko samankaltainen nykyisen OECD:n malliverosopimuksen 11 (6) artiklan kanssa. Nykyinenkin alikapitalisointisäännös voi aiheuttaa ongelmia verosopimusten määräysten kanssa. Tämä johtuu syrjäntäkieltoartiklan lisäksi siitä, että joissakin verosopimuksissa on vielä section 209 override. Kyseinen säännös kieltää määräykset, jotka on tarkoitettu ainoastaan ulkomaalaisille. Alikapitalisointisäännöksissä ei ole mainintaa kansalaisuudesta, mutta käytännössä sitä sovelletaan vain ulkomaalaisille maksettaviin suorituksiin.¹⁷⁷

Isossa-Britanniassa on myös pohdittu Euroopan Yhteisöjen lain vaikutusta alikapitalisointisäännöksen soveltamiselle. Ison-Britannian uuden alikapitalisointilainsäädännön yhtenä tarkoituksena onkin ollut poistaa juuri poistaa

¹⁷⁴ Katso Vapaavuori s. 531-532. Katso myös Brandt s. 260-263, jossa on pohdittu Ruotsin osalta syrjäntäkieltoartiklan merkitystä. Esimerkkinä on Ruotsin ja Kanadan välinen verosopimus.

¹⁷⁵ Vapaavuori s. 532

¹⁷⁶ Fairley & Fleming s. 764-765

¹⁷⁷ Katso Fairley & Fleming s. 765

epävarmuutta EY-lain suhteen. Commerzbankin¹⁷⁸ ja Halliburtonin¹⁷⁹ nostattivat esiin kysymyksen siitä, ovatko alikapitalisointisäännökset EY-oikeuden vastaisia estäen pääomien vapaan liikkuvuuden ja olemalla kansallisuuden perusteella syrjiviä. Sisäinen lakihan ei sinänsä sanamuodollaan syrji kansalaisuuden perusteella, mutta käytännössä asia on toisin. Alikapitalisointisäännösten pelossa yritys saattaa lainata mieluummin maan rajojen sisältä. Oikeuskäytäntö on kuitenkin hyväksynyt eriarvoisen kohtelun kansalaisuuteen perustuen (justified differentiation) tapauksissa, joissa kohtelu on tarpeellinen verojärjestelmän yhtenäisyyden kannalta. Nykyisin veroviranomaiset voivat kohtuullisen hyvin puolustautua yhtenäisyyden vaatimuksella, sillä verokohtelun tulisi olla sama niille, jotka eivät kuulu yhtiöveron maksuvelvollisuuden piiriin. Tulevaisuudessa varmasti näemme, miten EY:n oikeuskäytäntö suhtautuu erityyppisiin alikapitalisointisäännöksiin.

USA:ssa on myös pohdittu earnings stripping -säännösten pitävyyttä syrjintäkieltoartiklan valossa. Säännöstö haittaa pahiten juuri ulkomaisia monikansallisia yrityksiä. House Ways and Means -komitean raportin mukaan säännöstö ei kuitenkaan ole syrjintäkieltoartiklan vastainen. Komitea toteaa, että alikapitalisointisäännöstö ei ole syrjivä, sillä se on esitetty puhtaasta kansallisessa kontekstissa. Näin ollen ulkomaisten monikansallisten yritysten verokohtelu on periaatteessa samanlaista kuin kotimaistenkin. Verosopimuksilla on myös vaikutusta alikapitalisointisäännösten soveltamiseen.¹⁸⁰

Eurooppavero-oikeudella voi siis myös olla merkitystä mahdollisten alikapitalisointisäännösten laadinnassa ja tulkinnassa. EU:n säännökset ajavat ohi sisäisen lainsäädäntömme. Tämä koskee luonnollisesti vain Euroopan talousalueen sisällä tapahtuvia transaktioita, ellei sopimuksista muuta ilmene. Rooman sopimuksen 52 artiklan on tulkittu kieltävän ulkomaalaisiin kohdistuva suora ja epäsuora syrjintä.

¹⁷⁸ CIR v. Commerzbank AG ChD 1990, 63 TC 218 1990 STS 285

¹⁷⁹ Halliburton Service BV v. Staatssecretaris van Financiën (ECJ), Katso myös Brandt s. 265, jossa on analysoitu Halliburtonin tapausta. Sivuilla 263-266 ja 271-272 on pohdittu alikapitalisointisäännösten suhdetta EY-oikeuteen.

¹⁸⁰ Engle & Raineri 793-795, jossa on tarkemmalla tasolla selvitetty erilaisten USA:n solmimien verosopimusten mahdollista vaikutusta alikapitalisointisäännösten soveltamiseen.

Verotuksessa tämä merkitsee sitä, ettei jäsenvaltio voi asettaa ulkomaalaisille ylimääräisiä verotuksellisia velvoitteita, joita ei aseteta oman maan kansalaisille paitsi, jos siihen on objektiivisesti katsottuna hyväksyttävä syy. Emotytäryhtiödirektiivissä määrätään, että jos yhtiö omistaa vähintään 25 % toisessa EU-valtiossa sijaitsevan yhtiön pääomasta, jälkimmäisen yhtiön kotivaltio ei saa periä lähdeveroa maksettavasta osingosta. Omistavan yhtiön asuinvaltio ei saa myöskään verottaa tällaista osinkoa muuten kuin samalla myöntämällä epäsuora hyvitys toisessa valtiossa maksetusta yhtiöverosta. Direktiivissä ei määritellä voitonjaon käsitettä, eikä estetä veronkiertosäännösten soveltamista.¹⁸¹ Suomen tulee alikapitalisointilainsäädännössään huomioida EU:n määräykset. Euroopan Unionin sisällä on hankkeita yhtiöverotuksen yhtenäistämiseen, ja sitä kautta myös tarvetta yhtenäisen alikapitalisointisäännösten olemassaololle.¹⁸² Harmonisoitu yhtiöverotus Euroopan sisällä on kuitenkin epätodennäköistä.

OECD:n malliverosopimuksessa on myös muita artikloja kuin syrjäntäkieltoartikla, jotka saattavat vaikuttaa alikapitalisointisäännösten soveltamiseen. OECD:n malliverosopimuksen 9 (1) artikla määrää kansainvälisen etuyhteydessä olevien yritysten siirtohinnot markkinaehtoperiaatetta noudattaviksi. OECD:n¹⁸³ mukaan artiklalla on merkitystä määritettäessä ensinnäkin koron vähennyskelpoisuutta alikapitalisointitilanteessa ja toiseksi onko korkoa ylipäänsä pidettävä korkona vaiko esimerkiksi osinkona. Tämän mukaan artikla 9 ei estä koron luokittelua osingoksi siltä osin, kun sisäisen lainsäädännön alikapitalisointisäännökset ovat markkinaehtoisuuden mukaisia. Joidenkin maiden mukaan artiklan 9 (1) tapaisilla määräyksillä ei ole käytännön merkitystä. Toisten mukaan sillä on estävä vaikutus alikapitalisointitilanteessa siten, että kyseinen sopimusmääräys voi estää alikapitalisointisäännöksen soveltamisen.¹⁸⁴

¹⁸¹ Vapaavuori s. 532-533

¹⁸² Katso asiasta tarkemmin Easson s. 239-250, jossa kommentoidaan Rudingin komitean mietintöä ja pohditaan yhtenäistettyä yritysveromallia Euroopan Unionin alueelle.

¹⁸³ OECD 1987 s. 21

¹⁸⁴ Katso OECD 1987 s. 22 ja Piltz s. 127-129.

OECD:n malliverosopimuksen kommentaarissa¹⁸⁵ tulkitaan OECD:n vuoden 1987 alikapitalisointiraporttia¹⁸⁶ ja päädytään ensinnäkin siihen, että artikla 9 (1) ei estä sisäisen lain alikapitalisointisäännösten soveltamista sillä edellytyksellä, että sen tarkoitus on saattaa lainanottaja eli tytäryhtiö sellaiseen tulokseen, joka olisi syntynyt, jos riippumaton osapuoli olisi tehnyt lainapäätöksen. Laina voidaan myös katsoa omaksi pääomaksi. Maat, joilla ei ole erityistä alikapitalisointisäännöstä, eivät koe ristiriitaa artiklan 9 (1) kanssa. Joidenkin maiden mielestä artikla 9 (1) ei välttämättä voi edes rajoittaa alikapitalisointisäännöksiä. Toisten mukaan kyseinen artikla voi estää alikapitalisointisäännösten soveltamisen. Suurin osa maista katsoo verosopimuksen määräyksen olevan sopusoinnussa sisäisen lain kanssa, jolloin ristiriitaa ei synny. Saksa muun muassa sallii verovelvollisen osoittaa markkinaehtoisuus lainan koroissa verosopimuksen määräysten mukaisesti, vaikka muutoin alikapitalisointisäännökset eivät tätä sallisikaan.¹⁸⁷

Artiklojen 10 ja 11 (osinko ja korko) määrittelyt on rajattu artiklojen yhteydessä sovellettaviksi. Osinkoartiklan osinkoa koskevan määritelmän ei voida kuitenkaan katsoa rajoittavan koron katsomista osingoksi, jos lainanantaja jakaa riskin tytäryhtiössä niinkuin osakkaan voidaan katsoa tekevän.¹⁸⁸ Artiklan 11 koron määritelmä ei koske osinkoartiklan (10) alla olevia suorituksia.

Suomen alikapitalisointisäännöksiin ei ole syytä ottaa kansalaisuuteen perustuvia mainintoja. Säännökset on hyvä kirjoittaa sellaiseen muotoon, että ne soveltuvat silloin kun, lainanantajana on taho, joka ei ole velvollinen maksamaan yhtiöveroa Suomessa kyseisestä tulosta. Tällöin käytännössä säännökset soveltuisivat silloin, kun lainanantajana on ulkomainen etuyhteydessä oleva yritys. Syrjäntäkieltoartiklaan ei

¹⁸⁵ OECD 1992, s. C(9) - 1 September 1992

¹⁸⁶ OECD:n alikapitalisointikomiteaa on arvosteltu siitä, että se vain toteaa 9 (1) artiklan soveltuvan myös alikapitalisointitilanteisiin, eikä syvempää pohdiskelua ole käyty muun muassa yritysryhmittymien sisäisistä rahoitusjärjestelyistä, ja raportissa ei myöskään todeta ylikapitalisointiongelmia (fat capitalisation), katso tarkemmin de Hosson, F.C & Michielse, G.M.M, s. 481-482. Myös Brandt s. 258-260 on käsitellyt artiklan 9 vaikutusta alikapitalisointitilanteissa, ja sitä miten OECD on asiaa tulkinnut.

¹⁸⁷ Piltz s. 129

¹⁸⁸ OECD 1992, C(10) - 7 September 1992, josta löytyy myös enemmän esimerkkejä siitä, milloin laina voidaan katsoa oman pääoman ehdoin sijoitetuksi.

kansainvälisessä oikeuskäytännössä ole kuitenkaan pystytty menestyksellisesti vetoamaan. Suomen sisäisen lain mukaan verovapaita ovat TVL 20-23 §:ssä mainitut yhteisöt. Alikapitalisointisäännöksissä voitaisiin vapauttaa kyseiset yhteisöt säännösten soveltamiselta. Tosin tällainen ratkaisu herättää kysymyksen alikapitalisointisäännöksen tosiasiallisesta suuntautumisesta ulkomaisia tahoja vastaan. Käytännössä suojasatamasäännöksiä sovellettaessa ei tarvittaisi erillistä mainintaa siitä, että kyseiset yhteisöt ovat lain soveltamisen ulkopuolella, sillä tapauskohtaisesti voidaan katsoa rahoitusrakenteen olevan markkinaehtoinen. EY:n oikeusistuimessa ei ole vielä ratkaistu tapaus, jossa alikapitalisointisäännökset olisi todettu syrjiviksi. Jatkossa tällainenkin ratkaisu on mahdollinen. Eriarvoinen kohtelu ulkomaalaisille on mahdollista verojärjestelmän yhtenäisyyteen perustuen. Alikapitalisointitilanteessa on kysymys maan verotulojen tietoisesta viemisestä maan rajojen ulkopuolelle. Jos alikapitalisointisäännös rakennetaan siten, että se soveltuu tapauksissa, joissa lainanantaja ei ole velvollinen maksamaan saamastaan suorituksesta veroa, on vaikea kuvitella, että säännöksiä katsotaan syrjiviksi verosopimusten tai EY-oikeuden kannalta.

6.3 Kaksinkertaisen verotuksen poistaminen

Kansainvälisissä alikapitalisointitilanteissa herää kysymys siitä, miten uudelleen luokitellun koron saajan asuinvaltio kohtelee kyseistä tuloa. Alikapitalisointisäännöksiä sovellettaessa tulisi aina ottaa huomioon tytär- ja emoyhtiöiden asuinvaltioiden kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tekemät sopimukset. OECD:n malliverosopimuksen artikla 23 säätelee kaksinkertaisen verotuksen poistamismenetelmistä. Jos tulon saajan asuinvaltio ei hyväksy koron osingoksi luokittelua, kohdellaan maksua edelleen korkona ja se lisätään yhtiön veronalaiseen tuloon, jolloin seurauksena on kaksinkertainen verotus. Tulon saajavaltio ei tällöin hyvitä tai hyvittää vain osan lähdeverosta, joka on maksettu osinkotulosta, sillä saajavaltio katsoo tulon olevan korkotuloa, jolloin osinkotulon lähdevero ei ole relevantti saajavaltion verotuksessa. Myöskään lähdevaltiossa

maksettua yhtiöveroa ei hyvitetä edellä esitetyn perustelun tavoin. Tuloksena on siis kaksinkertainen verotus.

Kun lainan voidaan katsoa olevan oman pääoman ehdoin annettua, voivat verosopimukset tuoda lievennystä tilanteeseen. Tällöin tulon saajavaltion olisi hyvittävä koron osingoksi tulkitsemisen seuraukset. Saajavaltion tulisi hyvittää vero osingon lähdeveroprosentin mukaan ja myöntää muutkin helpotukset liittyen esimerkiksi emo-tytäryhtiödirektiiviin, kun kyseisen säännöksen edellytykset ovat olemassa. Hyvittäminen voi perustua verosopimuksen määräyksiin, kuten artiklan 23 suoraan mainintaan osingoksi katsottavan tulon hyvittämisestä. Jos artiklassa 23 ei suoraan mainita tätä, niin tulkintaa voidaan johtaa muista artikloista tai keskinäisen sopimusmenettelyn avulla (artikla 25). Kun korko on tulkittu lähdevaltiossa osingoksi artiklojen 9 (1) tai 11(6) mukaisesti, ja tulon saajavaltio on asiasta yhtä mieltä ja on valmis korjaamaan koron osingoksi, tällöin kaksinkertaista verotusta ei synny.¹⁸⁹ Kun tulon saajavaltiolla on samantapaiset alikapitalisointisäännökset kuin lainanottajan asuinvaltiolla ja tulon saajavaltio vastaavassa tilanteessa kohtelisi korkoa osinkona, voidaan tulo tulkita lähdevaltion mukaisesti osingoksi myös lainanantajan asuinvaltiossa. Sama pätee muihinkin alikapitalisointitilanteisiin, kun sen katsotaan olevan kohtuullista.¹⁹⁰

Yllä esitetty on OECD:n tulkinta, mutta käytännössä näin ei ole, sillä yleensä tulon saajan valtio ei koe velvollisuudekseen suin päin luokitella korkoa osingoksi lähdevaltion menettelyn perusteella. Verosopimuksia tässä tapauksessa tulkitaan omaa etua tavoitellen, jolloin voi syntyä treaty override -ongelma. Verotulot ohjautuvat alikapitalisointitilanteessa koron saajan asuinvaltiolle. Kun tulon saajavaltio joutuisi hyvittämään maksetut verot uudelleen luokitellusta korosta, kun se aikaisemmin pystyi verottamaan korkotulosta, ei kansainvälisessä käytännössä ole puututtu tulon saajavaltion oikeuteen verottaa sitä korkotulosta. Suurin osa maista ei sisällytä OECD:n malliverosopimuksen 9 (2) kaltaista artiklaa verosopimuksiinsa, joten tällä ei

¹⁸⁹ Piltz s. 131-132

¹⁹⁰ Katso OECD 1987 s. 26, Piltz s. 132 ja Brandt s. 270-271.

ole juuri merkitystä tulkittaessa tulon saajavaltion velvollisuutta noudattaa osinkoa koskevia säännöksiä.¹⁹¹ Artikla 9 (2) velvoittaa tulon saajavaltion noudattamaan lähdevaltion koron osingoksi luokittelua. IFA:n 50. Kongressin päätöslauselman¹⁹² kohta 4 on seuraavanlainen: *“Jos alikapitalisointisäännösten soveltaminen johtaa kaksinkertaiseen verotukseen, asianomaisten valtioiden tulisi verovelvollisen vaatimuksesta olla velvoitettuja pyrkimään eliminoidaan se siitä riippumatta, onko verotus sovellettavaksi tulevan verosopimuksen mukainen.”* Saman päätöslauselman kohta 2 on puolestaan seuraavanlainen: *“Kun alikapitalisointisäännöksiä sovelletaan verosopimusvaltioiden toimesta sovellettavan verosopimuksen hengessä, tulon saajan (osakkaan) asuinvaltion tulisi verosopimusta sovellettaessa hyväksyä lähdevaltion (yhtiön asuinvaltio) viranomaisten tekemä tulotyyppin muuntaminen. Jos korko muunnetaan lähdevaltion viranomaisten toimesta osingoksi, osakkaan asuinvaltion tulisi soveltaa osingon kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi koskevia säännöksiä.”* Näidenkin suositusten perusteella tulon saajan asuinvaltion tulisi alikapitalisointitilanteessa katsoa lähdevaltiossa tehdyn luokittelun mukaisesti korko osingoksi, jolloin kaikki osinkoa koskevat säännökset olisivat voimassa. Kaksinkertaisen verotuksen välttäminen ei kuitenkaan tällöinkään aina onnistu, sillä osingoista ei yleensä myönnetä täyttä hyvitystä.

Suomen alikapitalisointisäännöksiä tehtäessä ei ole tarvetta liiaksi kuitenkaan miettiä toisen valtion tekemiä luokitteluratkaisuja. Suomen tekemiin verosopimuksiin olisi vastavuoroisuuden takia otettava OECD:n malliverosopimuksen 9 (2) kaltainen määräys, jos halutaan varmistaa koron osingoksi luokittelu alikapitalisointisäännösten osalta.

¹⁹¹ Katso Piltz s. 132-133.

¹⁹² Vapaavuori s. 537

7. Kokoavasti seikat, joihin olisi kiinnitettävä huomiota mietittäessä alikapitalisointisäännöksiä Suomelle

Suomikin tarvitsee omat alikapitalisointisäännöksensä verotulojen pitämiseksi maassamme. Vaikka kansainvälisten konsernien suomalaisia tytäryhtiöitä voidaan pitää rahoitusrakenteiltaan järkevinä, saattavat jotkin yritykset silti rahoittaa suomalaista yhtiötä liiallisella vieraalla pääomalla. Suomen matala yritysveroaste on myös tekijä, joka kannustaa ulkomaisia sijoittajia rahoittamaan Suomessa oman pääoman ehdoin. Alikapitalisointisäännökset ovat eräänlainen turvatekijä siinä tilanteessa, jossa yritys on rahoittanut suomalaista yhtiötä liiaksi vieraalla pääomalla. Tämän takia Suomikin tarvitsee alikapitalisointisäännöksiä. Kansainvälisesti ajatellen alikapitalisointilainsäädäntö on melko kirjavaa. Suomessakin on aiemmin mietitty mahdollisuutta säätää alikapitalisointisäännökset, mutta kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmä luopui ajatuksesta, sillä säännösten tekemiseen liittyy paljon ongelmallisia tekijöitä. Verotulojen menettämistä ei myöskään pidetty kovin suurena rahoitusrakenteiden tutkimuksen perusteella. Työryhmä totesi kuitenkin, että asiaan on syytä palata, kunhan alikapitalisointisäännökset hahmottuvat maailmalla, jolloin Suomi voisi hakea mallia joltain näistä maista. Suomessa on muutama KHO:n tapaus, jossa on käsitelty alikapitalisointitilannetta. Ratkaisuissa on vedottu muun muassa varallisuusverolakiin, mitä voidaan pitää epätarkoituksenmukaisena. Alikapitalisointitilanteisiin olisi voitava puuttua omilla säännöksillään. Veronkiertosäännöksen, peitellyn osingonjaon säännöksen tai kansainvälisen peitellyn voitonsiirron säännöksen perusteella voisi joissakin tilanteissa olla mahdollista puuttua alikapitalisointitilanteisiin, mutta tämäkin tapa on turhan sattumanvarainen. Kun selkeä suhdeluku on annettu sallitun vieraan ja oman pääoman suhteille, niin yritysten on helpompi sopeuttaa toimintaansa. Niillä on tällöin varma tieto oman toimintansa verotuksellisesta käsittelystä. Suhdeluvun ylittyessäkin yrityksillä olisi mahdollisuus osoittaa toimenpiteen markkinaehtoisuus, jolloin alikapitalisointisäännöksiä ei sovellettaisi. Ennakkotiedon tai -ratkaisun saaminen antaisi yrityksille myös ennakkoon lisävarmuutta.

Yhtenä ongelmana alikapitalisointitilanteissa on se, miten käsitellään hybridi-instrumenttejä. Alikapitalisointitilanteissa peruskysymyksenähän on vieraan ja oman pääoman määrien suhteet. Tällöin jonkin hybridi-instrumentin verotuksellinen käsittely joko omana tai vieraana pääomana voi olla ratkaiseva tekijä. Hybridi-instrumenttejä tulisi käsitellä niiden todellisen luonteen mukaisesti, jolloin eri tekijät luokittelisivat rahoitusvälineen joko omaan tai vieraaseen pääomaan kuuluvaksi. Suomessa rahoitusmarkkinat ovat laajentumassa, jolloin uusien rahoitusvälineiden tuleminen markkinoille luo epävarmuuden sen verotuksellisesta kohtelusta. Ennen rahoitusvälineen markkinoille tuloa olisi hyvä olla mahdollisuus kysyä veronsaajan taholta, miten tämä käsittelee kyseistä rahoitusinstrumenttia. Kauppa- ja teollisuusministeriö yhdessä verohallituksen kanssa voisi olla se taho, jolla olisi valtuudet päättää rahoitusvälineen verotuksellisesta käsittelystä, johon oleellisena osana kuuluu rahoitusvälineen katsominen joko vieraan tai oman pääoman ehtoiseksi. Yksittäistapauksessa ennakkotiedon ja -ratkaisun saaminen olisi mahdollista, mutta tärkeämpää on saada laajempi ratkaisu mieluiten ennen rahoitusvälineen tuloa markkinoille.

Oman ja vieraan pääoman erät tulee myös määritellä alikapitalisointisäännöksiä varten. Lähtökohtana voidaan pitää taseen mukaisia oman ja vieraan pääoman eräiä. Ongelmia voi syntyä esimerkiksi siitä, miten käsitellään lyhytaikaisia velkoja alikapitalisointitilanteissa tai vaikuttavatko tappiot oman pääoman vähenemiseen. Lyhytaikaiset velat voitaisiin jättää huomioimatta alikapitalisointitilanteissa vieraan pääoman määrää laskettaessa. Tappioiden osalta ei mitään erityissäätelystä tarvita, jos alikapitalisointisäännökset toteutetaan suojasatamasäännöksillä. Vieraan pääoman määrän laskemisessa tulee eteen myös ongelma siitä, kenen velat katsotaan kuuluviksi säännöksen piiriin. Tällöin on syytä lähteä siitä, että vain etuyhteydessä olevalta osapuolelta saadut velat ovat merkittäviä. Vieraan ja oman pääomien määrien laskeminen olisi järkevä tehdä vuoden keskiarvon mukaan, jolloin mahdollisuus vaikuttaa lukuihin keinotekoisesti pieneneisi.

Alikapitalisointisäännökset voidaan toteuttaa muutamalla eri tavalla. Ensinnäkin voidaan tukeutua puhtaasti suhdelukumalliin, jossa ei ole mahdollista osoittaa toimenpiteelle markkinaehtoisuutta. Tämä malli on jäykkä, eikä ota huomioon reaali maailman tilanteita. Tätä mallia käytettäessä suhdeluku tulisi säätää suureksi, etteivät ulkomaiset rahoittajat karttaisi Suomea. Hallinnollisilta kustannuksiltaan järjestelmä on kyllä edullinen. Toisena vaihtoehtona olisi tukeutuminen pelkkään markkinaehtoisuuteen. Tämän järjestelmän hyvänä puolena on, että se ottaa huomioon yksilölliset tekijät eri yritysten välillä. Hallinnollisilta kustannuksiltaan markkinaehtoisuuteen tukeutuminen on raskas, ja lisäksi järjestelmä on verovelvollisen kannalta epävarma. Suojasataman käyttäminen on näiden kahden järjestelmän risteytys. Ensin on määritelty sallitun vieraan ja oman pääoman välinen suhde, jonka jälkeen verovelvollisella on vielä mahdollisuus osoittaa lainarahoituksen markkinaehtoisuus. Tällä tarkoitetaan sitä, että riippumaton osapuoli olisi valmis lainaamaan sillä hetkellä ja niillä ehdoilla verovelvolliselle, kun laina on alunperin annettu. Suomen tulisikin alikapitalisointisäännökset tehdä juuri suojasatamasäännöksiin perustuviksi. Tätä mieltä oli myös kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmä, ja monet muut asiantuntijat pitävät järjestelmää parhaimpana. IFA:n mielestä verovelvollisella tulee olla mahdollisuus osoittaa toimenpiteen markkinaehtoisuus. Ison-Britannian markkinaehtoinen ajattelutapa alikapitalisointitilanteissa ei ole Suomelle hyvä ratkaisu. Sallittu suhdeluku tulisi myös määrittää vieraan ja oman pääoman sallituille määriille. Useimmat OECD-maat ovat kallistuneet vieraan ja oman pääoman suhteelle 3:1. Suomen ei ole syytä ainakaan laittaa suhdelukua pienemmäksi. Pitäisin suhdelukua 3:1 - 5:1 hyvänä Suomelle. Suhdeluvun ei tule olla liian pieni, jotta yritysten liikkumavara ja sitä kautta halukkuus sijoittaa Suomeen vierasta pääomaa ei liiaksi kärsisi. Sallitun suhdeluvun ylittyessä yrityksillä on vielä mahdollisuus osoittaa toimenpiteen markkinaehtoisuus. Suomessa ei ole tarpeen säätää erikseen joillekin teollisuudenaloille omia suhdelukujaan.

Etuyhteystilanteen muodostuminen tulee myös määrittää jotenkin alikapitalisointitilanteissa. Muutoinhan laina on annettu markkinaehtoisesti, ellei kyse

ole etuyhteydessä olevalta osapuolelta saadusta lainasta. Konsernin sisäiset rahoitusjärjestelyt tehdään aina etuyhteydessä olevien osapuolten välillä. Uudessa kirjanpitolaisissa on otettu säännökset omistusyhteyksyrityksestä ja osakkuusyhteyksestä. Näitä määritelmiä voitaisiin käyttää hyväksi myös määritettäessä alikapitalisointisäännöksiin etuyhteystilanne. Mihinkään jäykkään omistusprosenttiin ei ole syytä sitoutua, vaan määritelmä on oltava sellainen, että todellinen määräysvalta on ratkaiseva. Tämä edellytys täyttyy näiden kirjanpitolain uusien määritelmien osalta. Oikeudellisena muotona lainaavalla suomalaisella osapuolella on osakeyhtiö, sillä muut yritysmuodot eivät voi jakaa osinkoa. Osuuskuntien osalta voitaisiin säännöksiä myös soveltaa. Etuyhteysominaisuuden kiertäminen tulisi jotenkin myös estää. Viime kädessä on kyse kuitenkin verotarkastusresursseista, mutta jonkinlaiset estävät säännökset on hyvä ottaa alikapitalisointisäännöksiinkin. Back-to-back -lainojen ja erilaisten takuujärjestelyjen varalta on otettava omat määräykset alikapitalisointisäädöksiin. Säännöksen kiertämisen estämiseksi on myös otettava veronkiertosäännöksen tyyppinen määräys alikapitalisointisäännöksiin. Yleinen veronkiertosäännös on turhan väljä säännös, joskin tähänkin olisi mahdollisuus nojautua. USA:ssa ja Isossa-Britanniassakin on veronkiertosäännöksiä käytetty alikapitalisointitilanteita varten. Verovelvollisella tulee olla myös mahdollisuus saada ennakkotieto alikapitalisointitilanteiden havaitsemiseksi. Tämä on mahdollista jo nykyisten verosäännösten puitteissa. Verovirasto ei voi kuitenkaan antaa lähdeveroa koskevaa ennakkotietoa, joka tulisi alikapitalisointitilanteissa olla mahdollista. Käytännössä ennakkotiedot annetaan keskitetysti.

Alikapitalisointisäädöksiä mietittäessä tulee myös päättää, miten yrityksen maksamaa korkoa käsitellään. Vähennyskelpoisuus liialliselta osalta menetetään, mutta pitäisikö suoritus katsoa osingoksi vai peitellyksi osingonjaoksi. Suoritus olisi katsottava todellisen luonteensa mukaisesti osingoksi, jolloin kaikki osinkoa koskevat määräykset olisivat voimassa. Alikapitalisointitilannehan syntyy siinä vaiheessa, kun yritystä on katsottu rahoitetun liiaksi vieraalla pääomalla, jolloin suoritus on todellisuudessa omaa pääomaa. Samoin tämä osa olisi muutoinkin verotuksessa katsottava vieraaksi pääomaksi, jolloin sillä on vaikutuksia muun muassa yrityksen

nettovarallisuuden kautta osingon ansio- ja pääomatulojen laskentaa, jos kyseessä ei ole pörssiyhtiö. Osinkoa koskeva lähdeveroprosentti olisi myös voimassa. Yhtiöveron hyvitys olisi myös mahdollista saada, mutta käytännössä kuitenkin suoritus maksetaan Suomessa rajoitetusti verovelvolliselle, jolloin yhtiöveron hyvityslakia ei sovelleta. Muutamassa verosopimuksessa on kuitenkin tehty poikkeus, mutta jatkossa tällaisia määräyksiä ei ole tarkoitus ottaa verosopimuksiin. Peiteltyksi osingonjaoksi suoritusta ei ole syytä katsoa, ja jatkossa saattaa myös peiteltyyn osingonjakoon liittyä yhtiöveron hyvitys. Kaksinkertaisen verotuksen estämiseksi tulisi suorituksen saajan asuinvaltion mukautua suorituksen maksajan asuinvaltion tekemään luokitteluun. Näin ei käytännössä aina tapahdu, mutta tähän tulisi pyrkiä. Alikapitalisointisäännöksiin ei voida ottaa määräyksiä toisten valtioiden tekemistä luokitteluista, mutta verosopimuksia laadittaessa tulisi tästäkin asiasta neuvotella.

Alikapitalisointisäännöksiä laadittaessa on otettava huomioon myös verosopimukset ja EY:n oikeuskäytäntö ja muut Euroopan Unionin asettamat määräykset. Verosopimusten osalta erityisesti syrjintäkieltoartikla on merkittävä. Alikapitalisointisäännökset tulee laatia niin, että ne eivät ole kansallisuuden perusteella syrjiviä. Alikapitalisointisäännöksiin voitaisiin ottaa sellainen määräys, että säännöksiä sovelletaan silloin, kun suoritus maksetaan sellaiselle taholle, joka ei ole velvollinen maksamaan yhtiöveroa Suomessa. Ison-Britannian tapaan Suomen ei ole syytä erikseen sulkea pois joitakin verovapaita yhteisöjä, sillä se voi olla osoituksena säännösten todellisesta suuntautumisesta ulkomaalaisiin. Suojasatamasäännösten avulla voidaan tapauskohtaisesti katsoa suorituksen tapahtuneen markkinaehtoisuuden vallitessa. Näin ollen käytännössä verovapaille yhteisöille maksetut suoritukset voivat olla korkoina vähennyskelpoisia. Oikeuskäytäntöä ei kuitenkaan vielä ole siitä, millainen alikapitalisointisäännöksen tulisi olla, jotta se ei olisi todellisuudessa kansallisuuden perusteella syrjivä. Verojärjestelmän yhtenäisyyden säilyttäminen on peruste, jolla verotuskohtelu voi olla erilaista kansallisuuden perusteella.

8. Yhteenveto

Alikapitalisointitilanne syntyy silloin, kun yritystä on rahoitettu liiallisella vieraalla pääomalla, jolloin pyrkimyksenä on saada verohyötyä koron vähennyskelpoisuuden avulla suhteessa osingon epäedullisempaan verokohteluun. Alikapitalisointitilanne syntyy vain etuyhteydessä olevien yritysten välisissä rahoitusjärjestelyissä. Suomella ei ole vielä alikapitalisointilainsäädäntöä, mutta sellainen olisi hyvä olla verotulojen karkaamisen välttämiseksi. Suomen alhainen yhteisöverokanta on tällä hetkellä kuitenkin tekijä, joka kannustaa ulkomaisia yrityksiä sijoittamaan Suomeen oman pääoman ehdoin. Kansainvälisesti ajatellen alikapitalisointisäännöksiä ei ole läheskään kaikilla mailla, mutta suurin osa OECD:n maista on ainakin miettinyt mahdollisuutta säätää tällainen laki. Niin kauan kuin koron ja osingon verokohtelu on erilaista, ei päästä kansainvälisesti neutraaliin tilanteeseen rahoitusjärjestelyjen verokohtelun suhteen. Suomessa on voitu aikaisemmin puuttua alikapitalisointitilanteeseen varallisuusverolain 36 §:n nojalla, mutta alikapitalisointitilanteisiin tulisi olla mahdollista puuttua omalla laillaan.

Alikapitalisointisäännöksiä laadittaessa on monta ongelmakohtaa, jotka on ratkaistava. Silti voidaan joutua tekemään kompromisseja vaihtoehtojen välillä. Rahoitusinstrumentit on luokiteltava joko omaan tai vieraaseen pääomaan kuuluviksi, jolloin yrityksillä tulisi olla ennakkoon tieto eri rahoitusinstrumenttien verotuksellisesta luokittelusta. Vieraan ja oman pääoman sallittavia määriä laskettaessa suhdelukumalli suojasatamasäännöksiin varustettuna on paras ratkaisu. Tällöin on mahdollista osoittaa rahoitusratkaisujen markkinaehtoisuus vielä suhdeluvun ylittymisen jälkeenkin. Eri erien kuulumiseen vieraaseen tai omaan pääomaan lähtökohtana voidaan pitää taseen mukaista luokittelua. Etuyhteystilanteen muodostuminen tulee myös määritellä, jolloin tulkinta-apua voidaan hakea uuden kirjanpitolain omistusyhteyserityksen ja osakkuuserityksen määritelmistä. Yhtiöiden pyrkimykset kiertää alikapitalisointisäännöksiä on otettava huomioon säätämällä erikseen tietyt toimenpiteet kielletyiksi. Tällaisia tilanteita voi muodostua back-to-

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

back -lainojen ja takuujärjestelyiden osalta. Alikapitalisointisäännöksissä on hyvä olla myös oma veronkiertosäännöksensä. Säännöksiä laadittaessa on huomioitava verosopimusten osalta erityisesti syrjintäkieltoartikla, samoin EY-oikeus. Tarkemmin ehdotettuja toimenpiteitä Suomen osalta on esitetty luvussa 7 edellä.

USA:n ja Iso-Britannian alikapitalisointisäännökset eivät suoraan sovellu Suomelle, mutta niistä saadaan kuitenkin hyviä malleja joidenkin asioiden osalta. USA:n oikeuskäytännön tulkinnat jonkin rahoitusvälineen kuulumisesta joko omaan tai vieraaseen pääomaan ovat arvokkaita. Isossa-Britanniassa on puolestaan kehittynyt runsaasti tulkintakäytäntöä markkinaehtoisuuden määrittelemisestä. Suomikin tarvitsee oman alikapitalisointilainsäädäntönsä verotulojen karkaamisen välttämiseksi.

Lähteet

Albós, Juan, *New Regulations for Participative Loans in Spain: Corporate and Taxation Aspects*, Intertax Volume 25, June & July 1997 6-7, s. 276-277.

Arnold, Brian J., *Deductibility of Interest and other Financing Charges in Computing Income, General Report*, International Fiscal Association (IFA), 1994 Toronto Congress, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXIXa, s. 491-541.

Benson, David, M. & McKenna Matthew, *Deductibility of Interest and other Financing Charges in Computing Income, US National Report*, International Fiscal Association (IFA), 1994 Toronto Congress, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXIXa, s. 465-474.

Bergström, Sture & Gäverth, Leif, *International Aspects of Thin Capitalisation, Sweden National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit Fiscal International, 1996 Volume LXXXIb, s. 709-718.

Bittker & Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, Warren, Gorham, Lamont, 1990.

Blumenthal, David, *Equity Flavoured Debt Instruments: Tax Considerations of Characterisation, Conversion and Modification: Host Country United Kingdom*, Tax Management International Forum, June 1996, s. 48-49.

Brandt, Peter, *Inverkan av skatteavtal och EG-rätten på underkapitaliseringsfrågor*, Skattenytt 1997, s. 254-273.

Calderón Carrero, José M., *Spanish Thin Capitalisation in the Light of the Non-Discrimination Principle: Its Compatibility with Double Tax Treaties and EEC Law*, Intertax 1996/8-9, s. 282-310.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Collier, Richard, *Tax Aspects of Derivate Financial Instruments, UK National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cannes 1995, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXb, s. 581-614.

De Hosson, Fred C. & Michielse, Geerten M.M, *Treaty Aspects of the "Thin Capitalisation" Issue - A Review of the OECD Report*, Intertax November 1989, s. 476-484.

Dowling, Charles & O'Donnell, Michael, *International Aspects of Thin Capitalisation, Ireland National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit Fiscal International, 1996 Volume LXXXIb, s. 465-486.

Easson, A.J., *Taxation in the European Community*, London 1993.

Engle, Howard S. & Raineri, Walter T., International Fiscal Association (IFA), *International Aspects of Thin Capitalisation, US National Report*, 1996 Geneva Congress, Cahiers de droit Fiscal International, Volume LXXX I B, Rotterdam 1996, s. 773-799.

Estberg, Staffan, *Några synpunkter på kapitallån från ett svenskt perspektiv*, Svensk skattetidning, årgång 65, 2 /1998, s. 215-216.

Fairley, John & Fleming, Nigel, *International Aspects of Thin Capitalisation, UK National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit Fiscal International, 1996 Volume LXXXIb, s. 747-772.

Gunne, Cecilia, *Beskattnings av några finansiella instrument*, Svensk Skattetidning 1995, s. 331-339.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Graham, John, "*United Kingdom: The EC Parent-Subsidiary Directive and UK Advance Corporation Tax: Abuse by Tax Authorities ?*", *European Taxation* 1992, vol. 32:10, s. 353-355.

Haapaniemi, Ossi, *Instrumenttien verotus*, s. 152-233. Rahoitusinstrumentit, Stenfors, Susanne & Tikka, Marja & Haapaniemi Ossi, Porvoo 1995.

Harboe, Einar, *International Aspects of Thin Capitalisation, Norway National Report*, International Fiscal Association (IFA), *Cahiers de droit Fiscal International*, 1996 Volume LXXXIb, s. 629-646.

Hallituksen esitys 152/1996

Immonen Raimo 1, *Osakeyhtiölain muutoksen verovaikutuksia I*, *Verotus* 1997/1, s. 34-42.

Immonen Raimo 2, *Osakeyhtiölain muutoksen verovaikutuksia II*, *Verotus* 1997/2, s. 120-132.

Treaty Override or: Beware of the Beginning, *Intertax*, Volume 25, February, 1997/2, Netherlands 1997 s. 38, (pääkirjoitus).

Karttunen, Jouko, *Kirjanpitosäännösten uudistuminen*, *Osakeyhtiölain ja kirjanpitolain uudistukset -kurssi*, Helsinki 26.-27.8.1997.

Keinonen Markku 1, *Uudet rahoitusinstrumentit verotuksessa I*, *Verotus* 1995/2, s. 167-180.

Keinonen Markku 2, *Uudet rahoitusinstrumentit verotuksessa II*, *Verotus* 1995/3, s. 237-246.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Kempler, David, *Equity Flavoured Debt Instruments, Tax Considerations of Characterisation, Conversion and Modification: Host Country United States*, Tax Management International Forum, June 1996, s. 50-56.

Köster, Katrin, *Germany: Implications of the New Thin Capitalisation Legislation for Non-Resident Shareholders of a German Subsidiary*, European Taxation 1993, s. 398-407.

Laaksonen, Sami, *Uusien rahoitusvälineiden verotuksesta, Osakeyhtiölain ja kirjanpitolain muutokset* -kurssi, Helsinki 26.8-27.8.1997.

Lazerow, Herbert I., *Taxation*, s. 331-349. Levasseur Alain A. & Baker, John S., *An Introduction to the Law of the United States*, Lanham, New York, London, 1992.

Leppiniemi, Jarmo & Puttonen, Vesa, *Yrityksen Rahoitus*, Helsinki, 1996.

Levasseur, Alain A., *Sources of Law*, s. 21-30. Levasseur Alain A. & Baker, John S., *An Introduction to the Law of the United States*, Lanham, New York, London, 1992.

Lüthi, Daniel, *Thin Capitalisation of Companies in international Tax Law*, Intertax 1991/10 s. 446-453.

Malmgrén, Marianne, *Behandlingen av kapitallån vid beskattningen i Finland*, Svensk skattetidning, årgång 65, 2/1998, s. 208-214.

Manninen, Petri, *Yritysjärjestelyiden veronkierrosta EY-oikeuden näkökulmasta*, Verotus 1/1998, s. 70-84.

Mannio, Lauri, *Korko vero-oikeudessa*, Helsinki 1997.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Marshall, James, *Deductibility of Interest and other Financing Charges in Computing Income, UK National Report*, International Fiscal Association (IFA), 1994 Toronto Congress, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXIXa, s. 445-464.

May, Gregory, *Tax Aspects of Derivate Financial Instruments, US National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cannes 1995, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXb, s. 615-650.

Michielse, Geerten, M.,M., 1 Tax Treatment of Financial Instruments, s. 1-16, Kluwer Law 1996.

Michielse, Geerten, M.,M., 2 *International Aspects of Thin Capitalisation, Netherlands National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit fiscal international, 1996 Volume LXXXIb, s. 583-604.

Niskakangas, Heikki, Rojaltit ja palvelumaksut kansainvälisessä vero-oikeudessa, Helsinki 1983.

OECD Committee on Fiscal Affairs, Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation Issues, Paris 1979.

OECD Committee on Fiscal Affairs, Thin Capitalisation. Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen, Issues in International Taxation, No. 1., Paris 1987.

OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Paris 1992.

OECD, Taxation of New Financial Instruments, Pariisi 1994.

OECD, Committee on Fiscal Affairs, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris 1995.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Ori, Yonetaro, *International Aspects of Thin Capitalisation, Japan National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit Fiscal International, 1996 Volume LXXXIb, s. 523-542.

Piltz, Detlev J., *International Aspects of Thin Capitalisation, General Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit Fiscal International, 1996 Volume LXXXIb, s. 83- 139.

Plambeck, Charles, T. & Rosenbloom, David, H. & Ring, Diane, M., *Tax Aspects of Derivate Financial Instruments, General Report*, International Fiscal Association (IFA), Cannes 1995, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXb, s. 657-690.

Roxan, Ian, *Judicial Overrides of Double Tax Conventions: The Case of a Permanent Establishment*, Intertax, Volume 25, Issue 11, 1997, Netherlands, s. 367.

Ryynänen Olli, *Förtäckt dividend I beskattningen*, Helsinki 1996.

Safarik, Frantisek J., *Switzerland: New Thin Capitalisation Guidelines*, European Taxation, Volume 38, Nro 2/1998, s. 59-60.

Schauhoff, Stephen, *Tax Planning under Germany's new "Thin Capitalisation" Rules*, Intertax 1993 s. 466-475.

Sweeney, Terrance & Rohde, Richard, C., *International Aspects of Thin Capitalisation, Canada National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit fiscal international, 1996 Volume LXXXIb, s. 377-402.

Teixeira, Gloria, *Thin Capitalisation in the Portuguese Tax System*, Intertax 1996/12 s. 472-479.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Tikka, Kari S., Veropolitiikka, Jyväskylä 1990.

Tikka, Kari S. & Nykänen, Olli, Yritysverotus I, WSOY, jatkuvatäydenteinen kansio.

Tikka, Marja, Käteisinstrumentit, s. 12-94. Rahoitusinstrumentit, Stenfors, Susanne & *Tikka, Marja & Haapaniemi Ossi*, Porvoo 1995.

Tiley, John, Tax Treatment of Financial Instruments in United Kingdom, s. 263-335.

Valtiovarainministeriö 1, Kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmän muistio. Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 1995:10, Helsinki 1995.

Valtiovarainministeriö 2, Verotuksen oikeusturvatyöryhmän muistio, Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 1997:36, Helsinki.

Valtiovarainministeriö 3, Peitellyn osingon verotuksen uudistamistyöryhmän muistio, Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 1997:11, Helsinki.

Vapaavuori, Ahti, IFA:n 50. Kongressi Genevessä 1.-6.9.1996: *Kiinteän toimipaikan tulon ja varallisuuden määrittämisen periaatteet ja niiden soveltaminen rahoitusinstituutioiden verotukseen sekä kansainvälisiä näkökohtia alikapitalisoinnista*, Verotus 5/1996 s. 525-537.

Verohallitus, *verohallituksen yritysverotiedote 4.9.1997*, tiedote 5/1997.

Villa, Seppo, Pääomalaina, Helsinki 1997.

Waldron, Jeremy, The Law, Theory and Practise in British Politics, Routledge, London and New York, 1990.

USA:n ja Ison-Britannian alikapitalisointilainsäädännön vertailua sekä niiden soveltuvuus Suomelle, pro gradu -työ
Antti Eerola/HKKK/Johtamisen laitos

Weisbach, David A., *Tax Responses to Financial Contract Innovation*, Tax Law Review Summer 1995 Number 4, s. 491-544.

Wyntin, Dag, *International Aspects of Thin Capitalisation, Belgium National Report*, International Fiscal Association (IFA), Cahiers de droit Fiscal International, 1996 Volume LXXXIb, s. 341-366.